

(٢٢٩ - ٣٢١هـ)

(في الفقه الحنفي)

للإمام أبي بكر الرازي الجصاص
(٣٠٥-٣٧٠هـ)

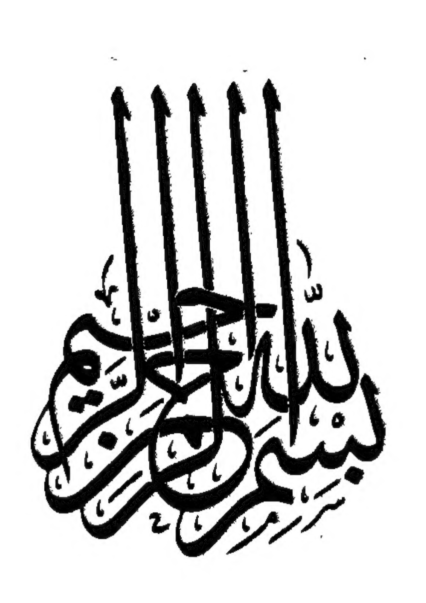
المجلد الخامس

تحقيق
د/ محمد عبيد الله خان

أعد الكتاب للطباعة وراجعه وصححه
أ.د/ سائد بكداش



دار البشائر الإسلامية



شرح مختصر الطحاوي

٥

الطبعة الأولى
١٤٣١هـ - ٢٠١٠م

شركة دار البشائر الإسلامية
للطباعة والنشر والتوزيع ش.م.م
أسسها الشيخ رمزي دمشقية رحمه الله تعالى سنة ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م
بيروت - لبنان ص.ب: ١٤/٥٩٥٥ هاتف: ٧٠٢٨٥٧
فاكس: ٠٠٩٦١١/٧٠٤٩٦٣ e-mail: bashaer@cyberia.net.lb

دار السراج - المدينة المنورة
يُطلب الكتاب منها على العنوان التالي:
البريد الإلكتروني SRAJ1000@hotmail.com

كتاب الطلاق

مسألة : [طلاق المكره]

قال أبو جعفر : (وطلاق المُكْرَه لازمٌ له، كطلاق مَن ليس بمُكْرَه)[١].

قال أحمد : قد تكلَّمنا في هذه المسألة في غير هذا الموضع من هذا الكتاب[٢] من جهة الأثر والنظر، ولكني أحببتُ أن لا أُخليَ هذا الموضع من ذِكْر شيءٍ من طريق الظاهر والأثر مما لم يوجد هناك.

وقد روي نحو قولنا عن علي بن أبي طالب وعمر بن الخطاب وسعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز والنخعي رضي الله عنهم.

* وقال ابن عباس وابن عمر والحسن ومجاهد وطاوس رضي الله عنهم: لا يجوز طلاقه.

* وقال الشعبي: إن أكرهه السلطان: فهو جائز، وإن أكرهه لصٌّ: فلا شيء[٣].

---

(١) ينظر مختصر الطحاوي ص١٩١، أحكام القرآن للجصاص ٣/١٩٣، المبسوط ٦/١٧٦، ٢٤/٤٠، الهداية مع شرح فتح القدير ٣/٣٨٨.

(٢) ينظر كتاب الإكراه.

(٣) أحكام القرآن ٣/١٩٣، عمدة القاري شرح صحيح البخاري ٢٠/٢٥٠،
=

فأما الدليل علىٰ صحة قولنا من جهة الظاهر: قوله تعالىٰ: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾ إلىٰ قوله تعالىٰ: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ﴾[1]، وعمومه يوجب وقوع طلاق المكره وغيره، إذ ليس في اللفظ دلالة علىٰ الفرق بينهما.

فإن قال قائل: دُلَّ علىٰ أنَّ المكرَه مطلِّق.

قيل له: لا يمتنع أحدٌ أن يقول: طلَّق مكرَهاً، و: أُكره علىٰ الطلاق، وإذا تناوله الاسم: لزم حكمه بعموم الآية.

ويدل علىٰ صحة قولنا من الأثر: ما حدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا يعقوب بن يوسف المطوعي قال: حدثنا يحيىٰ بن أيوب قال: حدثنا إسماعيل بن عياش قال: حدثنا الغازي[2] بن جبلة الجيلاني عن صفوان بن عمران الطائي «أنَّ رجلاً كان نائماً مع امرأته، فأخذت سِكِّيناً، فجلست علىٰ صدره، ووضعت السكين علىٰ حلقه، وقالت: طلِّقني ثلاثاً ألبتة، أو لأذبحنَّك، فناشدها الله، فأَبَتْ عليه، فطلقها ثلاثاً، فذكر ذلك لرسول الله صلىٰ الله عليه وسلم فقال: «لا قيلولة[3] في الطلاق»[4].

مصنف عبد الرزاق ٦/٤٠٦، شرح السنة للبغوي ٩/٢٢٢.

(١) البقرة: ٢٢٩.

(٢) وفي الأصل: (النعمان)، والصواب كما أثبت. انظر نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية ٣/٢٢٢، الجرح والتعديل ٤/٤٢٢، لسان الميزان ٤/٤١٢.

(٣) وفي نسخة ق،ج: (لا إقالة)، وما أثبته موافق لكتب السنن.

(٤) أخرجه ابن حزم في المحلىٰ ١٠/٢٠٣، والعقيلي في الضعفاء ٢/٢١١، ٣٤٤٢، وينظر نصب الراية ٣/٢٢٢، إعلاء السنن ١١/١٨٣، وقال: وبالجملة فالحديث صالح للاحتجاج به، وقد تأيد الحديث بما روي عن الصحابة. اهـ. وأما

=

وحدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا مطير قال: حدثنا حسين بن يوسف التميمي قال: حدثنا محمد بن مروان عن عطاء بن عجلان عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: «كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب علىٰ عقله»[(١)].

ويدل عليه: حديث عبد الرحمن بن حبيب بن أزدك عن عطاء بن أبي رباح عن يوسف بن ماهك عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: «ثلاثٌ جِدُّهنَّ جِدٌّ وهَزْلهنَّ جِدٌّ: الطلاق، والنكاح، والرجعة»[(٢)].

فسوَّىٰ عليه الصلاة والسلام بين حكم الجادِّ والهازل، مع اختلافهما في كون أحدهما قاصداً لإيقاع حكم اللفظ، والآخر غير قاصدٍ له، فدلَّ ذلك علىٰ أنَّ كل مكلَّف وُجِدَ إيقاع الطلاق في لفظه، فحكمه لازم له، وأن لا تأثير لعدم إرادته في ارتفاع حكم لفظه.

* واحتج مخالفنا[(٣)] في ذلك بحديث عائشة رضي الله عنها عن النبي

غيره فقد تكلم كثيراً في ضعف الحديث.

(١) أخرجه الترمذي ٣/٤٩٦ـ ح١١٩١، وقال: «هذا حديث لا نعرفه مرفوعاً»، السنن الكبرىٰ للبيهقي ٧/٣٥٩.

(٢) أخرجه الترمذي ٣/٤٩٠ ـ ح١١٨٤، وقال: «هذا حديث حسن غريب». وأبو داود ٢/٢٥٩ ـ ح٢١٩٤، وانظر شرح السنة للبغوي ٩/٢١٩، سنن ابن ماجه ٢٠٤٩، التلخيص الحبير ٣/٢٠٩.

(٣) ينظر حاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٢/٣٦٩، المجموع للنووي ١/٦٦٧، المغني ٨/٢٥٩، وقد خالف جمهور الفقهاء الحنفيةَ في هذا الحكم.

صلىٰ الله عليه وسلم: «لا طلاق في إغلاق»[(١)].

وبما روي عن ابن عباس وأبي الدرداء وثوبان عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ، والنسيان، وما استُكرهوا عليه»[(٢)].

وفي بعض الألفاظ: «عفا لكم عن ثلاث».

وفي بعضها: «رُفع عن أمتي».

قالوا: فعموم هذه الألفاظ[(٣)] ينفي وقوع طلاق المكره.

قال أبو بكر: أما قوله عليه الصلاة والسلام: «لا طلاق في إغلاق»: فلا دلالة فيه علىٰ حكم طلاق المكره؛ لأن المكره غير مُغْلَق عليه، وإنما المعنيُّ فيه المجنون؛ لأنه مُغْلَقٌ عليه في التصرف من سائر الوجوه.

وهو مأخوذٌ من: أغلق عليه بابه، ومُنِعَ من التصرف من سائر الوجوه،

---

(١) انظر أبو داود ٢/٢٥٩ ـ ح٢١٩٣، الفتح الرباني ترتيب مسند الإمام أحمد ١/٧١١، المستدرك للحاكم ٢/١٩٨، شرح السنة للبغوي ٩/٢٢٢، وفي سنده: محمد بن عبيد بن أبي صالح وهو ضعيف، التلخيص الحبير ٣/٢١٠.

الإغلاق: اختلف العلماء في معناه، فقد فسره أحمد، وأبو داود بالغضب، وقال صاحب التنقيح: قال شيخنا: والصواب أنه يعم الإكراه، والغضب، والجنون، وكل أمر انغلق علىٰ صاحبه عِلمه وقَصْده، مأخوذ من: غلق الباب، انظر شرح السنة للبغوي ٩/٢٢٢.

(٢) انظر شرح معاني الآثار ٣/٩٥، المستدرك للحاكم ٢/١٩٨، وقال: هذا حديث صحيح علىٰ شرط الشيخين، ابن ماجه ١/٣٧٧ ـ ح٢٠٥٣، مجمع الزوائد ٦/٢٥٣، التلخيص الحبير ١/٢٨١ـ ح٤٥٠، نصب الراية ٢/٦٤.

(٣) وفي (ق،ح): «الأخبار».

وهذا هو صفة المجنون.

فأما المكره فتصرفه جائز في سائر ما يتصرف فيه في غير ما أُكره عليه، فلا يقال: إنه مغلَقٌ عليه، كما لا يقال لمن أغلق عليه أحد أبواب البيت، وهو يمكنه الخروج من سائر الأبواب: إنه مغلَق عليه ممنوع من الخروج.

وأما قوله عليه الصلاة والسلام: «تجاوز الله عن أمتي الخطأ، والنسيان، وما استُكرهوا عليه»: فإنه غير صحيح عند أهل النقل.

حدثنا أبو الحسين عبد الرحمن بن سيما المحسن قال: حدثنا عبد الله بن أحمد بن حنبل قال: سألت أبي عن حديثٍ رواه شيخ عن الوليد بن مسلم عن الأوزاعي عن عطاء عن ابن عباس: أنَّ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم قال: «إن الله تجاوز لأمتي عما استُكرهوا عليه، وعن الخطأ، والنسيان».

وعن الوليد عن مالك عن نافع عن ابن عمر مثله.

فقال: إن هذا كذبٌ وباطل، ليس يُروىٰ إلا عن الحسن عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم[1].

ومخالفونا لا يقبلون المراسيل[2]، فسقط احتجاجهم به.

---

(١) انظر كتاب العلل ومعرفة الرجال ١/٥٦١ ـ ح١٣٤٠، علل الحديث ١/٤٣١ ـ ح١٢٩٦، نصب الراية في أحاديث تخريج الهداية: ٢/٦٤، التلخيص الحبير ١/٢٨٢.

(٢) والمراد بهم فقهاء الشافعية، لأن الإمام الشافعي رحمه الله قال: إن كان المرسل من مراسيل الصحابة، أو مرسلاً قد أسنده غير مرسِله، أو أرسله راو آخر =

وعلىٰ أنه لو ثبت الحديث وصح، لما دل علىٰ نفي طلاق المكره، وذلك لأن قوله عليه الصلاة والسلام: «رفع عن أمتي ما استُكرهوا عليه»، و«تجاوز الله لأمتي عما استُكرهوا عليه»، «وعفا لأمتي عن ذلك».

لو استُعمل علىٰ حقيقته: اقتضىٰ نفي وقوع الفعل المكره عليه، ومعلوم وقوع الفعل بالمشاهدة والعيان، وأن ما صح وقوعه لا يصح رَفْعه؛ لأنه لا يصح أن يُرفع المفعول حتىٰ يصير غيره مفعولاً؛ لأن ذلك محال.

فإذا كان كذلك، وكان مقتضىٰ اللفظ رفع الفعل الواقع علىٰ الإكراه، وقد عُلم أنه لم يُرِدْه، ثبت أنَّ هناك إضماراً إياه أراد النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم، فاحتجنا إلىٰ دلالةٍ في إثبات المراد من وجهين:

أحدهما: أنَّ المضمَرَ ليس بعموم، فيُحتج فيه بظاهر اللفظ، إذ هو غير ملفوظ به، والعموم والخصوص إنما يكونان في الألفاظ.

والثاني: أنَّ اللفظ قد حصل مجازاً، والمجاز لا يجوز استعماله إلا في موضع يقوم الدليل عليه.

وأيضاً: فإذا ثبت أنَّ في اللفظ ضميراً، والضمير يجوز أن يكون للحكم، ويجوز أن يكون للمأثم، لم يكن لأحدٍ صَرْفه إلىٰ أحد الوجهين دون الآخر إلا بدلالة من غيره.

يروي عن غير شيوخ الأول، أو عضده قول صحابي، أو قول أكثر أهل العلم، أو أن يكون المرسِل قد عُرف من حاله أنه لا يرسل عمن فيه علة من جهالة أو غيرها كمراسيل ابن المسيب، فهو مقبول، وإلا فلا، ووافقه علىٰ ذلك أكثر أصحابه. انظر قواعد في علوم الحديث ص١٤٠.

ولا يجوز أن يقال فيه: إنه قد عَنَىٰ الأمرين؛ لأن ذلك مما يسوغ فيما كان ملفوظاً به، فيستعمل فيه عموم اللفظ، فأما ما لم يكن ملفوظاً به: فلا يصح ذلك فيه.

وعلىٰ أنَّ قوله عليه الصلاة والسلام: «تجاوز الله لأمتي عما استُكرهوا عليه»: لا يجوز استعماله في رفع الحكم؛ لأن هذا اللفظ إنما يستعمل في رفع المأثم، كقولك: غفر الله لفلان، وعفا الله عن فلان: بمعنىٰ نفي حكم المأثم.

ويدل علىٰ أنَّ المراد رفع المأثم: أنَّ الناسي والمخطىٔ بالطلاق يلزمهما طلاقهما[1].

وقوله عليه الصلاة والسلام: «تجاوز لأمتي عن الخطأ والنسيان»: لم ينف طلاقهما، وكذلك المكره.

ودل ذلك علىٰ أنَّ المراد رَفْع المأثم، كما قال تعالىٰ: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَآ أَخْطَأْتُم بِهِۦ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ﴾[2]: يعني في المأثم، لا في حكم الفعل؛ لأن الله تعالىٰ قد ألزمه حكم فِعْله إذا قتل خطأً.

---

(١) هذا عند الحنفية، وأما عند جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة فإن طلاق الناسي، والمخطىء لا يقع، مثل طلاق المكره. انظر المبسوط ١٧٨/٦، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٧٩٣/٤، مغني المحتاج ٢٨٧/٣، المغني والشرح الكبير ٢٦٥/٨.

(٢) الأحزاب: ٥.

مسألة : [طلاق الصبي والمجنون][١]

قال أبو جعفر : (وطلاق الصبي والمجنون باطل).

قال أبو بكر : يروىٰ ذلك عن ابن عباس والحسن وابن سيرين رضي الله عنهم[٢].

وقد روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «أنَّ كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه»، وقد تقدم ذكر سنده.

وروي عن علي بن أبي طالب نحو ذلك من قوله[٣].

* وروي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنَّ طلاق الصبي جائز ؛ لأن الله تعالىٰ لم يستثنه.

* وقال سعيد بن المسيب: إذا كان الصبي يعقل الصلاة: جاز طلاقه[٤].

والأصل فيه: قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «رفع القلم عن ثلاث: عن النائم حتىٰ يستيقظ، وعن المجنون حتىٰ يُفيق، وعن

---

(١) هذا محل اتفاق بين الفقهاء، عدا رواية عن الإمام أحمد أنَّ طلاق الصبي المميز يقع. انظر المبسوط ١٧٨/٦، شرح فتح القدير ٤٨٧/٣، قوانين الأحكام الشرعية ٥٢/٢، نهاية المحتاج ٦٤٢٤، المغني ٢٥٧/٨، كشاف القناع ٢٣٣/٥.

(٢) انظر مصنف عبد الرزاق ٨٤/٧، السنن الكبرىٰ للبيهقي ٣٥٩/٧، المصنف لابن أبي شيبة ٣٤/٥.

(٣) انظر صحيح البخاري ٦٦/٦ كتاب الطلاق.

(٤) انظر المصنف لابن أبي شيبة ٣١/٥، ٣٤.

الصبي حتىٰ يحتلم»[١].

وهذا الظاهر ينفي وقوع طلاقه؛ لأن رَفْع القلم يقتضي رَفْع الحكم عنه، فلا تحرم عليه امرأته بطلاقه إياها.

وأيضاً: لم يختلفوا في النائم أنَّ طلاقه لا يجوز، وكذلك الصبي، والمجنون، لاستوائهم في زوال التكليف عنهم[٢].

فإن قيل: فقد يؤمر الصبي بالصلاة إذا بلغ سبعاً، ويُضرب عليها إذا بلغ عشراً[٣].

قيل له: إنما يؤمرون بها للاعتبار، لا علىٰ وجه التكليف.

مسألة: [طلاق السكران]

قال أبو جعفر[٤]: (وطلاق السكران جائز)[٥].

---

(١) انظر صحيح البخاري ٦/٦٦ كتاب الطلاق.

(٢) انظر شرح فتح القدير ٣/٤٨٧، الشرح الصغير ٢/٢٧٧، المغني ٨/٢٥٤.

(٣) أخرجه الترمذي ٢/٢٥٩ـ ح٤٠٧، وقال: حديث حسن صحيح.

(٤) انظر المختصر ص١٩١.

(٥) قسم الفقهاء السكران إلىٰ قسمين: سكران غير متعد بسكره، وسكران متعد بسكره.

أما السكران غير المتعدي بسكره، فحكم طلاقه غير واقع عند جمهور الفقهاء، ولهذا قال ابن الهمام: «لو شربها مكرهاً أو لإساغة لقمة، ثم سكر: لا يقع عند الأئمة الثلاثة، وبه قال بعض مشايخنا، وكثير منهم علىٰ أنه يقع، لأن عقله زال عند كمال التلذذ، وعند ذلك لم يبق مكرهاً، والأول أحسن، لأن موجب الوقوع عند زوال العقل ليس إلا التسبيب في زواله بسبب محظور وهو منتف، والحاصل أنَّ السكر =

قال أحمد : يرویٰ ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وابن عباس، وسليمان بن يسار، والحسن، وسعيد بن المسيب، وعامر، وإبراهيم، والضحاك، ومجاهد، والزهري رحمة الله عليهم[١].

وروي عن علي بن أبي طالب قال: «كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه».

فهذا يدل علىٰ أنه يرىٰ طلاق السكران جائزاً.

ويرویٰ عن عثمان، وعطاء، وطاوس، وجابر بن زيد، وعكرمة، والقاسم بن محمد: أنه لا يجوز طلاق السكران[٢].

والدليل علىٰ صحة قولنا من جهة الظاهر: قولُ الله تعالىٰ: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ إلىٰ قوله سبحانه: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ﴾[٣].

وهو عام في السكران وغيره.

بسبب مباح كمن أكره علىٰ شرب الخمر، أو الأشربة المحرمة، أو اضطر: لا يقع طلاقه، ومن سكر منها مختاراً، اعتبرت عباراته». شرح فتح القدير ٤٩١/٣، نهاية المحتاج ٤٢٤/٦، المغني والشرح الكبير ٢٥٤/٨، ٢٥٥.

(١) مصنف عبد الرزاق ٨٢/٧، مصنف ابن أبي شيبة ٣٧/٥، السنن الكبرىٰ ٣٥٩/٧.

(٢) مصنف عبد الرزاق ٨٤/٧، مصنف ابن أبي شيبة ٣٩/٥، السنن الكبرىٰ ٣٥٩/٧.

(٣) البقرة: ٢٢٩.

ومن جهة السنة: ما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «لا قيلولة[١] في الطلاق»، وقد تقدم ذكر سنده.

وقوله عليه الصلاة والسلام: «كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه»[٢].

وقوله عليه الصلاة والسلام: «ثلاث جِدُّهنَّ جِدٌّ وهزلهنَّ جِدٌّ»[٣]: يدل علىٰ ذلك أيضاً؛ لأنه عليه الصلاة والسلام سوَّىٰ بين الجادِّ والهازل، مع وجود الإرادة من أحدهما في إيقاع حكم اللفظ، وعدمها من الآخر، مع كونهما من أهل التكليف، وهذا المعنىٰ موجود في السكران.

ويدل عليه: ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه «أنه استشار الصحابة في حد الخمر[٤]، فقال علي بن أبي طالب، وعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهما: إنه إذا سكِرَ هَذَىٰ، وإذا هَذَىٰ افترىٰ، وإذا افترىٰ وَجَبَ عليه الحدُّ ثمانون».

وكان ذلك بحضرة الصحابة رضي الله عنهم من غير نكيرٍ من أحدٍ منهم.

فاقتضىٰ ذلك وجود الاتفاق منهم علىٰ وجوب الحد عليه بالقذف، فإذا لزمه الحد الذي من شأنه أن يسقط بالشبهة في حال سُكْره، فالطلاق الذي لا تسقطه الشبهة أحرىٰ أن يلزمه.

وأيضاً: يلزمه الحد بنفس السكر، كما يلزم الزاني الحد بالزنىٰ،

---

(١) وفي (ق،ج): (لا إقالة)، وما أثبته موافق لكتب السنن.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) أخرجه مسلم ٢/٣٣٠ ـ ح١٧٠٦، ومالك في الموطأ ٢/٨٤٢.

والسارق بالسرقة، فإذا لزمه حد السكر في حال سكره، فالطلاق أحرىٰ أن يلزمه.

فإن قال قائل: هو كالمجنون والمغمىٰ عليه والنائم، لعلة فَقْد العقل.

قيل له: فَقْد العقل لم يُسقط عنه الحد، فكذلك لا يسقط حكم طلاقه، والنائمُ، والمجنون، والمغمىٰ عليه، لا يلزمهم حدٌّ في هذه الأحوال، ولا يتعلق عليهم حكم التكليف بحال، ولذلك فارقوا السكران.

قال أبو بكر: وكان شيخنا أبو الحسن الكرخي يخالف أصحابَنا في هذه المسألة، ويذهب إلىٰ أنَّ طلاق السكران لا يقع[1]، وأنه بمنزلة المجنون، والنائم؛ لأنهم متفقون جميعاً أنه لو شرب دواء، فذهب منه عقله أو أُغمي عليه منه: أنه لا يقع طلاقه، وكذلك السكران من الشرب.

ولا ينبغي أن يختلف حكمه لأجل كونه عاصياً في شرب ما يوجب السُّكْر، غيرَ عاصٍ في تناوله الدواء لمصحلة البدن؛ لأنهم لا يفرِّقون بين من أُكره علىٰ شرب الشراب الموجِب للسُّكْر، وبين شُرْبه مختاراً لشربه من غير إكراه في باب وقوع طلاقه، فعلمنا أنَّ الحظر والإباحة لا تأثير لهما في ذلك.

مسألة: [طلاق السُّنَّة]

قال: (وطلاق السُّنَّة لمن تحيض، ودخل بها: أن يطلِّقها طاهراً من غير جماعٍ، واحدةً)[2].

---

(١) انظر الهداية مع فتح القدير ٣/٣٨٩، البناية شرح الهداية ٤/٣٩٣.

(٢) ينظر المبسوط ٦/٣، شرح فتح القدير ٣/٤٦٦، البناية ٤/٣٦٩، بداية =

وذلك لقول الله عز وجل: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[1].

«وطلق ابنُ عمر رضي الله عنهما امرأتَه وهي حائض، فسأل عمرُ رضي الله عنه النبيَّ صلىٰ الله عليه وسلم عن ذلك، فقال عليه الصلاة والسلام: مُرْه فليراجِعْها، ثم لِيُمْسِكْها حتىٰ تطهر من حيضتها هذه، ثم تحيض حيضة أخرىٰ، فإذا طهرت فليطلقها قبل أن يجامعها، فإنها العدة التي أَمَر الله أن يطلَّق لها النساء»[2].

وفي بعض ألفاظ هذا الحديث: «طاهراً من غير جِماع، أو حاملاً قد استبان حملها»[3]، تركتُ ذكر أسانيده خوف الإطالة.

وحدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا محمد بن شاذان الجوهري قال: حدثنا معلىٰ بن منصور قال: حدثنا شعيب بن رزيق أنَّ عطاء الخراساني حدثهم عن الحسن قال: حدثنا عبد الله بن عمر «أنه طلق امرأته تطليقة وهي حائض، ثم أراد أن يُتْبِعها بتطليقتين أخريَيْن عند القرءَيْن الباقيَيْن، فبلغ ذلك رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم فقال: يا ابن عمر! ما هكذا أَمَرَكَ الله، إنك قد أخطأتَ السنَّة، والسُّنَّة أن تستقبل الطهر فتطلق

المجتهد ٢/٦٣، نهاية المحتاج ٧/١-٦، المغني والشرح الكبير ٨/٢٥٣.

(١) الطلاق: ١.

(٢) صحيح البخاري ٦/١٦٢، صحيح مسلم ٢/١٠٩٣-ح١٤٧١ بمعناه، سنن الترمذي ٣٤٧٨، سنن أبي داود ٢/٦٣٢.

(٣) انظر مصنف عبد الرزاق ٧/٣٠٢، وقال البيهقي: لم أجد هذه الزيادة في الروايات المحفوظة، السنن الكبرىٰ ٧/٣٢٥.

لكل قرء، فأمرني رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم مراجعتَها، وقال: إذا هي طَهُرتْ فطلِّق عند ذلك، أو أمسِكْ.

فقلت: يا رسول الله! أرأيتَ لو كنتُ طلقتها ثلاثاً، أكان يَحِلُّ لي أن أراجعها؟ قال: لا، كانت تَبِيْن[١] منك، فتكون معصية»[٢].

وقد انتظم هذا الخبر معاني[٣]:

منها: أنَّ الطلاق في الحيض لغير السنة.

وأنه واقعٌ كونه لغير السنة؛ لأنه عليه الصلاة والسلام أمره بمراجعتها، ولو لم يكن واقعاً، لما احتاج إلىٰ رجعة.

وأن من السنة فيمن طلق للحيض: أن يراجع حتىٰ يبتدئ الطلاق للسنة.

وأن الرجعة تصح بغير شهادة؛ لأنه عليه الصلاة والسلام أمره بالرجعة، ولم يأمره بالإشهاد.

وأن من السنة طلاقها في الطهر قبل الجماع؛ لأنه عليه الصلاة والسلام قال: «والسنة أن تستقبل الطهر»: يعني في أول الطهر قبل الجماع.

---

(١) في (ق): كانت بائناً.

(٢) انظر مجمع الزوائد ٣٣٩/٤، وقال صاحب «التنقيح»: عطاء الخراساني: قال ابن حبان: كان صالحاً غير أنه كان سيء الحفظ، كثير الوهم، وقد وثقه الترمذي. نيل الأوطار ٢٥٦/٦، نصب الراية ٢٢٠/٣.

(٣) انظر عمدة القاري شرح صحيح البخاري ٢٢٧/٢٠.

وأن الثلاث قد تكون للسنة إذا فرَّقها في الأقراء؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «فطلِّق لكل قرء».

وأن من السنة تفريقها؛ لأنه عليه الصلاة والسلام قال: «فطلِّق لكل قرء».

وأنه إذا طلق ثلاثاً في طهر واحد: كان طلاقه واقعاً[(١)]؛ لأنه قال: «أرأيتَ لو طلَّقتُها ثلاثاً أكان يحل لي أن أراجعها؟ قال: لا، كانت تَبِين».

وأنَّ جَمْع الثلاث معصية؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «فتكون معصية».

* ووجه الأمر بالمراجعة: أنه لما أوقع طلاقاً منهياً عنه، والعدة موجَبَةٌ عنه، أَمَرَه عليه الصلاة والسلام بإبطال العدة بالرجعة، إذ أمكنه إبطالها، ولم يكن إبطال الطلاق ليبتدىء طلاقاً مسنوناً، فيكون ابتداء العدة علىٰ الوجه المسنون.

* ووجه أَمْرِه عليه الصلاة والسلام بالطلاق في الطهر قبل الجماع، ليعلم أنه مطلِّقٌ حائلاً دون حامل، وإذا جامعها لا يدري لعلها قد حملت، فلا يدري ما طلاقها، أطلاق الحامل أم الحائل؟

وأيضاً: فعسىٰ أن لا يريد طلاقها بعد الحبل فتطلَّق، ثم يندم إذا علم بالحَبَل.

---

(١) اتفق جمهور الفقهاء علىٰ أنَّ طلاق الثلاث بلفظ واحد يقع ثلاثاً. المبسوط ٦/٦، شرح فتح القدير ٤٦٨/٣، بداية المجتهد ٦١/٢، الأم ١٨٢/٥، المغني ٢٤٣/٨.

وقد قيل: إنه أُمِر بالتأنّي فيه، وتَرْك العجلة؛ لئلا تتبعها نفسه، وإذا جامعها كان أزهد له فيها، فلا يأمن أن يندم بعد ذلك، فأُمر بطلاقها بعد استبراء أمْرها، ولذلك أُمِرنا بالواحدة، وهو معنىٰ قوله تعالىٰ: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾[١].

فصل: [ألفاظ الطلاق الرجعي، وحكمه]

قال أبو جعفر: (وإذا طلقها بأن قال لها: أنت طالق، أو: قد طلَّقتُك: فإنه يملك رجعتها، فإن شاء راجعها قبل انقضاء العدة، وإن شاء تركها حتىٰ تنقضيَ عدتها)[٢].

وذلك لقول الله عز وجل: ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾، ثم قال تعالىٰ: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ﴾[٣].

وقال تعالىٰ: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾[٤].

وقال تعالىٰ: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾[٥]، ثم قال جل وعلا: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا۟ ٱلْعِدَّةَ ۖ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ رَبَّكُمْ ۖ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ

---

(١) الطلاق: ١.

(٢) انظر شرح فتح القدير ٤/١٥٨، مختصر الطحاوي ص١٩٢.

(٣) البقرة: ٢٢٨.

(٤) البقرة: ٢٣١.

(٥) البقرة: ٢٣١.

بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ۚ وَتِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ ۚ لَا تَدْرِى لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا ﴾[1]: يعني أن يندم فيراجع.

ثم قال: ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾، فأثبت له الرجعة فيما دون الثلاث من الطلاق ما دامت في العدة.

وقوله تعالىٰ: ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ ﴾: معناه: فإذا قارَبْنَ من بلوغ الأجل؛ لأنه لا خلاف أنه لا رجعة له بعد انقضاء العدة[2].

مسألة: [بانقضاء عدة الرجعية تحل للأزواج]

قال: (فإذا انقضت عدتها: حلَّت للأزواج)[3].

وذلك لقوله تعالىٰ: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِىٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾[4]، وقال تعالىٰ: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا۟ عُقْدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَٰبُ أَجَلَهُۥ﴾[5]، فأباح نكاحها بعد انقضاء العدة.

---

(١) الطلاق: ١.

(٢) انظر أحكام القرآن للجصاص ١/٢٧٨، ٣/٤٥٢.

(٣) انظر شرح فتح القدير ٤/١٥٨.

(٤) البقرة: ٢٣٤.

(٥) البقرة: ٢٣٥.

مسألة : [الإشهاد في الرجعة]

قال : (والمراجعة بأن يُشهِد علىٰ رجعتها، كان ذلك برضاها أو بغير رضاها).

وذلك لقوله تعالىٰ: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ﴾[1]، فلم يجعل لها حقاً معه إذا أراد رجعتها.

وقال تعالىٰ: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾[2]، فأجاز سبحانه له إمساكها ولم يشترط رضاها.

* **قال :** (ولا ينبغي له أن يراجعها بما سوىٰ ذلك من جماع أو قُبلة).

وذلك لأنه مندوبٌ إلىٰ الإشهاد علىٰ الرجعة، وهذه الأحوال يتعذر الإشهاد فيها.

مسألة : [ما تتم به المراجعة من الأفعال]

قال : (فإن جامعها، أو قبَّلها بشهوة، أو نظر إلىٰ فرجها بشهوة: كان مراجِعاً لها بذلك، وهو مسيءٌ لتركه الإشهاد)[3].

---

(١) البقرة: ٢٢٨

(٢) الطلاق: ٢.

(٣) ويظهر من أقوال الفقهاء أنَّ الرجعة علىٰ ضربين: سني وبدعي، فالسني: أن يراجعها بالقول، ويشهد علىٰ رجعتها، ويُعلمها، ولو راجعها بالقول ولم يشهد، أو أشهد ولم يعلمها: كان مخالفاً للسنة. ينظر تبيين الحقائق ٢/٢٥٢، حاشية ابن عابدين ٣/٤١.

وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ﴾[١]، والجماع ردٌّ منه لها إلىٰ حال التبقية علىٰ النكاح؛ لأن عقد النكاح يختص بإباحة الوطء والاستمتاع، فصار ذلك ردّاً لها إلىٰ النكاح.

وأيضاً: قوله سبحانه: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾[٢]، وهذه الأفعال إمساكٌ لها علىٰ النكاح، إذ كان عقد النكاح مختصّاً باستباحة ذلك منها[٣].

وأيضاً: قال النبي صلىٰ الله عليه وسلم لبَريرة حين أُعتقت، وخيَّرها في فراق زوجها: «إن وطئك فلا خيار لك»[٤]، فجعل رضاها بالوطء بمنزلة قولها: قد رضيتُ بالبقاء علىٰ النكاح، إذ كان الوطء مختصّاً بالنكاح، لا يصح استباحته إلا من هذا الوجه، فدل ذلك علىٰ أنَّ كل ما لا يصح من الزوج إلا مع البقاء علىٰ النكاح، هو بمنزلة قوله لها: قد اخترتُ مراجعتَك في تبقيتك علىٰ النكاح.

وأيضاً: قد اتفق الجميع[٥] علىٰ مَن اشترىٰ جاريةً علىٰ أنه بالخيار ثلاثاً، فوطئها: أنَّ ذلك اختيارٌ منه لإجازة البيع؛ لأنه قد فعل ما لا يجوز له فعله إلا مع الإجازة، والتبقية علىٰ الملك، كذلك الوطء لمَّا لم يصح للمطلقة إلا مع التبقية علىٰ النكاح، وجب أن

---

(١) البقرة: ٢٢٨.

(٢) الطلاق: ٢.

(٣) انظر أحكام القرآن للجصاص ١/٣٨٩.

(٤) انظر سنن أبي داود ٢/٢٧١ ـ ح٢٢٣٦ بنحوه، السنن الكبرىٰ ٧/٢٢٥.

(٥) انظر المبسوط ٦/٢١، شرح فتح القدير ٤/١٦٠.

يُعتبر كقوله: قد راجعتُك.

وأيضاً: فإن للوطء من التأثير في تبقية النكاح ما ليس للقول، والدليل علىٰ ذلك: أنَّ الطلاق إذا ورد علىٰ العقد قبل الدخول أبطله، وإذا ورد بعد الدخول لم يبطله، وكان العقد باقياً إلىٰ انقضاء العدة[١]، فكان للوطء من التأثير في تبقية النكاح ما ليس للقول، فكان وقوع الرجعة بالوطء أَوْلىٰ منه بالقول، إذ كانت الرجعة موضوعها لتبقية النكاح، ومَنْع الفرقة.

فإن قال قائل: ما أنكرتَ أن يكون مراد الآية مقصوراً علىٰ الرجعة بالقول دون الوطء؛ لأنه قد عقَّب ذكر الرجعة بما لا يصح معه أن يكون الوطء مراداً، وهو قوله تعالىٰ: ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾[٢]، والوطء لا يصح الإشهاد عليه.

قيل له: ليس في الآية دليل علىٰ أنَّ الإشهاد حكمه أن يكون واقعاً في حال الرجعة، وليس يمنع أن يكون المراد القول والوطء جميعاً، فيكون الإشهاد بعدهما[٣]، ألا ترىٰ أنَّ قوله تعالىٰ: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾: عائد علىٰ الفِرَاق كعوده علىٰ الرجعة، ولم يقتض وقوع الإشهاد في حال الفرقة غير متأخر عنها، كذلك في الرجعة؛ لأنه تعالىٰ

---

(١) انظر شرح فتح القدير ٤/٥٤، ١٦٠.

(٢) الطلاق: ٢.

(٣) انظر أحكام القرآن للجصاص ٣/٣٥٥.

قال: ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾[١]، ثم قال سبحانه: ﴿وَأَشْهِدُوا﴾.

وأيضاً: لو كان الإشهاد مندوباً إليه في حال الرجعة، لم يمتنع أن يكون المراد الرجعة بالقول والفعل جميعاً، كما قال تعالىٰ: ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾[٢]، وذلك حكم عام في الرجعي، والبائن، والواحدة، والثلاثة، ثم قال تعالىٰ: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ﴾، ومراده فيما دون الثلاث.

كذلك قوله عز وجل: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ﴾: لا يمنع أن يكون مراده الإمساك بالقول والفعل جميعاً، ثم قال: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾: فيما يصح الإشهاد عليه منهما.

وقد روي وقوع الرجعة بالوطء عن عمران بن حصين[٣] من غير مخالف من الصحابة رضي الله عنهم، وهو قول الحسن وسعيد بن المسيب وإبراهيم والشعبي وطاووس رحمة الله عليهم[٤].

* والنظر إلىٰ الفرج واللمسُ بمنزلة الوطء في ذلك؛ لأن عموم الآية

---

(١) الطلاق: ٢.

(٢) البقرة: ٢٢٨.

(٣) سنن أبي داود ٢/٢٥٧ ـ ح٢١٨٦، السنن الكبرىٰ للبيهقي ٧/٣٧٣. قال الحافظ ابن حجر: «سنده صحيح». انظر سبل السلام شرح بلوغ المرام ٣/١٨٢.

(٤) مصنف ابن أبي شيبة ٥/٩، البناية ٤/٥٩٣.

ينتظم جميع ذلك، ولأن أحداً لم يفرِّق بينهما وبين الوطء في وقوع الرجعة بها، فلما صح ذلك عندنا في الوطء: كان اللمس والنظر بمثابته بالاتفاق[١].

وأيضاً: فلأنه يتعلق بهما من الحكم في إيجاب التحريم ما يتعلق بالوطء[٢].

مسألة : [ما لا تكون به الرجعة]

قال: (ولا يكون النظر إلىٰ غير الفرج من شهوة رجعةً)[٣].

وذلك لأنه لا يتعلق به حكم التحريم، فصار كالنظر إلىٰ الوجه وسائر الأعضاء.

مسألة : [طلاق السنة حال كونه بعد الجماع]

قال أبو جعفر : (وإذا جامعها، ثم أراد أن يطلقها للسُّنَّة: فَصَلَ بين الجماع والطلاق بحيضة).

وذلك لقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «فليطلِّقها طاهراً من غير جماع أو حاملاً»[٤].

ولأنه إذا جامعها[٥]: لا يدري لعلها قد حملت، فلا يدري أيطلقها طلاق الحائل أو طلاق الحامل؟

---

(١) انظر المرجع السابق.

(٢) انظر البناية ٤/٦٤، وما بعدها.

(٣) المبسوط ٦/٢١.

(٤) تقدم.

(٥) وفي (ق،ج): (ولأنه إذا لم يفصل بينهما بحيضة).

مسألة : [الطلاق في الحيض]

قال : (ولو طلقها وهي حائض: وقع طلاقه، وكان مسيئاً في ذلك، ويراجعها)[١].

فأما وجه الإساءة: فلقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم لابن عمر رضي الله عنهما حين طلَّق في الحيض: «ما هكذا أَمَرَكَ الله». قال: «فتطلقها طاهراً من غير جماع».

وأما وجه وقوعه: فقول الله تعالىٰ: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ﴾، وعمومه يقتضي وقوعه، وثبوت حكمه في حال الطهر، والحيض، وكذلك قوله تعالىٰ: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾.

فإن قيل: هو محمول علىٰ ما في الآية الأخرىٰ، وهو قوله تعالىٰ: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾.

قيل له: نستعمل اللفظين، ولا نخص أحدهما دون الآخر مع إمكان الجمع، فنقول:

قوله سبحانه: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾: المندوب إليه، والمختار والمستحسن منه.

وقوله تعالىٰ: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾، وقوله تعالىٰ: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا﴾: وارد في حكمه إذا وقع للعدة، أو لغير العدة فينفذ عليه[٢].

---

(١) انظر شرح فتح القدير ٣/٤٦٧.

(٢) أحكام القرآن للجصاص ٣/٣٧٨.

وأيضاً: من جهة السنة: ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه ذَكَر طلاقه لامرأته في الحيض، وأن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أَمَره بمراجعتها[١].

قال أنس ومحمد بن سيرين وجابر الحذاء ويونس بن جبير: قلنا لابن عمر رضي الله عنهما: فاعتدَدْتَ بتلك الطلقة؟ قال: نعم. أرأيتَ إن عَجَزَ واستحمق».

وفي بعض الألفاظ: «فمَهْ»[٢].

وأيضاً: أَمْرُهُ عليه الصلاة والسلام إياه بمراجعتها، إخبارٌ منه بوقوع طلاقها؛ لأن الرجعة لا تصح في غير مطلَّقة.

فإن قال قائل: قد روىٰ سعيد بن منصور وغيره عن خديج بن معاوية أخي زهير بن معاوية قال: حدثنا أبو إسحاق عن عبد الله بن مالك عن ابن عمر رضي الله عنهما «أنه طلق امرأته وهي حائض، فقال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: ليس ذلك بشيء»[٣].

قيل له: لم يَروِ عن أبي إسحاق غير خديج بن معاوية، وخديج:

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) صحيح البخاري ٦/١٦٣، صحيح مسلم ٢/١٠٩٦ ـ ح١٤٧١، ومعنىٰ: (فمَهْ): يحتمل أن يكون للكف والزجر عن هذا القول، أي لا تشك في وقوع الطلاق، ويحتمل أن يكون المراد: ما، فيكون استفهاماً، أي: فما يكون إن لم أحتسب بها؟. ينظر تعليقات فؤاد عبد الباقي علىٰ صحيح مسلم.

(٣) انظر كتاب السنن لسعيد بن منصور ١/٤٠٣، السنن الكبرىٰ ٧/٣٢٧.

ضعيف عند أهل النقل[١]، وعبد الله بن مالك: مجهول[٢] لا يُدرىٰ مَن هو؟ ولم يروِ عنه غير أبي إسحاق السبيعي.

وعلىٰ أنه لو ثَبَتَ، احتمل أن يريد: أنه ليس بشيء: يعني في قطع النكاح، وإيقاع البينونة، وأن له الرجعة معه.

ويحتمل أن يريد: ليس بشيء صواب[٣]، كما قال الله تعالىٰ: ﴿وَقَالَتِ ٱلْيَهُودُ لَيْسَتِ ٱلنَّصَـٰرَىٰ عَلَىٰ شَىْءٍ﴾[٤]: يعني علىٰ شيء هو حق وصواب.

وحدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا زكريا بن يحيىٰ الشامي قال: حدثنا إسماعيل بن أبي أمية الذراع قال: حدثنا حماد بن زيد عن عبد العزيز بن صهيب عن أنس بن مالك قال: قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: «مَن طلَّق في بدعةٍ ألزمناه بدعته»[٥].

---

(١) خديج بن معاوية بن الرحيل، يكنىٰ أبا معاوية، وهو أخو زهير بن معاوية، كوفي، صدوق يخطىء، ولكن لابأس به، وقال يحيىٰ بن معين: خديج بن معاوية ليس بشيء. انظر كتاب الجرح والتعديل ٣/٣١٠.

(٢) عبد الله بن مالك، يروي عن علي وابن عمر، روىٰ عنه أبو إسحاق السبيعي. انظر كتاب الثقات ٥/٥١، وهو معروف عند أهل النقل.

(٣) انظر فتح الباري ٩/٣٥٤.

(٤) البقرة: ١١٣.

(٥) انظر الدارقطني ٤/٢٠. وقال: إسماعيل بن أبي أمية القرشي: ضعيف متروك الحديث.

مسألة : [إذا راجعها في الحيض بعد طلاقه لها فيه]

قال : (وقال أبو حنيفة: إذا راجعها بعد ما طلقها في الحيض: جاز له أن يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة)[1].

قال أبو بكر : قال محمد في كتاب الطلاق: وإذا طلقها في الحيض: راجعها، فإذا طهرت من حيضة أخرىٰ: طلقها واحدة قبل أن يجامعها، ولم يذكر فيه خلافاً بين أصحابنا رحمهم الله[2].

وروىٰ أبو الحسن رحمه الله الخلافَ بينهم علىٰ ما ذكرنا، إلا أنه ذكر أنَّ محمداً مع أبي يوسف في ذلك[3].

* **قال :** (وقال أبو يوسف في الإملاء: لا يطلقها حتىٰ يفصل بين الطلاق الأول والثاني بحيضة)[4].

وجه قول أبي حنيفة: أنَّ العدة قد بطلت بالرجعة، ولا تحتاج إلىٰ الفصل بين التطليقتين بحيضة، وإنما تحتاج إلىٰ الفصل بينهما مع بقاء العدة.

---

(١) انظر المبسوط ١٧/٦.

(٢) ولو كانت الرجعة بالقول: قال أبو حنيفة: له أن يطلقها للسنة، وهو قول زفر، وقال أبو يوسف: ليس له أن يطلقها للسنة في هذا الطهر ما لم تحض وتطهر، وذكر في الأصل، ولفظ محمد فيه: فإذا طهرت من حيضة أخرىٰ راجعها. وقال الشيخ أبو الحسن الكرخي: ما ذكره الطحاوي قول أبي حنيفة. وما ذكره في الأصل قولهما. انظر المبسوط ٦١٧، شرح فتح القدير ٤٨٢/٣، شرح معاني الآثار ٥٣/٣.

(٣) انظر المراجع السابقة.

(٤) انظر المبسوط ١٧/٦، الهداية مع شرح فتح القدير ٤٨١/٣.

والدليل علىٰ ذلك: أنه لو طلق امرأته قبل الدخول، ثم تزوجها في الحال: جاز له أن يطلقها أيضاً، إذ لم تكن هناك عدة باقية من التطليقة الأولىٰ[١].

وقد روىٰ شعبة عن أنس بن سيرين، عن ابن عمر رضي الله عنهما «أنه طلق امرأته وهي حائض، فذكر ذلك عمرُ رضي الله عنه لرسول الله صلىٰ الله عليه وسلم فقال عليه الصلاة والسلام: «ليراجعها، فإذا طهرت فليطلقها»[٢].

وكذلك روىٰ قتادة عن يونس بن جبير عن ابن عمر عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم.

وهذا يدل علىٰ صحة قول أبي حنيفة؛ لأنه أباح طلاقها بعد ما طهرت من الحيضة التي طلقها فيها.

وروىٰ عبد الله بن عمر، ومالك بن أنس، ومحمد بن إسحاق، وابن أبي ذئب، ويحيىٰ بن سعيد، كلهم عن نافع عن ابن عمر «أنَّ النبي صلىٰ الله عليه وسلم أمره في هذه القصة أن يراجعها، ثم يَدَعها حتىٰ تطهر، ثم تحيض حيضة مستقبَلة سوىٰ الحيضة التي طلقها فيها، ثم يطلقها إن شاء»[٣].

ففي هذا الخبر إيجاب الفصل بين الطلاق الذي قد راجع فيه، وبين الطلاق الثاني بحيضة مستقلة، وفي الخبر الأول إباحة الطلاق في الطهر

---

(١) انظر بدائع الصنائع ٤/١٧٦٩.

(٢) انظر شرح مسلم ٢/١٠٩٧ ـ ح١٤٧١، شرح معاني الآثار ٣/٥٣.

(٣) صحيح البخاري ٦/١٦٣، صحيح مسلم ٢/١٠٩٥.

الذي يلي الحيضة التي طلقها فيها، فنستعمل الخبرين جميعاً، ونقول أيهما فَعَلَ جاز.

* وذهب أبو يوسف ومحمد إلىٰ قوله عليه الصلاة والسلام: «دعها حتىٰ تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر، ثم طلقها إن شئت».

مسألة: [طلاق الآيسة والحامل]

قال: (وإذا كانت ممن لا تحيض: طلقها متىٰ شاء وإن كان بعد الجماع، فلا يحتاج إلىٰ الفصل بين الجماع والطلاق بحيضة، وكذلك الحامل)[1].

قال أبو بكر: وقال زفر: لا يطلقها حتىٰ تحيض حيضة بعد الجماع، كما قالوا جميعاً في ذات الحيض إذا جامعها: أنه لا يطلقها حتىٰ يفصل بين الجماع والطلاق بحيضة[2].

ووجه القول الأول: أنَّ الفصل بين الجماع والطلاق إنما يحتاج إليه ليُعلم أهي حامل أم لا؟ فتُطلَّق طلاق الحامل أو طلاق الحائل، ويدل علىٰ ذلك: ما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «أنه أمر ابنَ عمر رضي الله عنهما أن يطلقها طاهراً من غير جماع أو حاملاً»[3].

فلم يوجب الفصل بين الطلاق والجماع عند علمنا بالحمل، كذلك

---

(١) انظر المبسوط ٦/١٢، شرح فتح القدير ٣/٤٧٦.

(٢) قال الإمام زفر رحمه الله: يفصل بين وطئها وطلاقها بشهر، لأن الشهر قائم مقام الحيض في التي تحيض، وفيها يجب الفصل بحيضة، ففي مَن لا تحيض يجب الفصل بما أقيم مقامه وهو الشهر. انظر شرح فتح القدير ٣/٤٧٧.

(٣) تقدم.

إذا علمنا براءة رحمها من الحمل بالصغر أوالإياس، استغنينا عن اعتبار الحيضة في إيجاب الفصل.

مسألة : [وقوع طلاق السنة بلفظ واحد]

قال : (وإذا قال لامرأته: أنتِ طالق ثلاثاً للسنة: وقَعْنَ في ثلاثة أطهار).

قال أبو بكر : وذلك لأن هذه صفة طلاق السنة.

قال أبو بكر : من أصل أصحابنا أنَّ الجمع بين تطليقتين أو ثلاثٍ في طهر واحد مع بقاء العدة: ليس من السنة، وقد تكون الثلاث للسنة إذا فرَّقهنَّ في ثلاثة أطهار[١].

وقال مالك بن أنس: لا تطلق للسنة إلا واحدة، ثم يدعها إن شاء حتىٰ تنقضيَ عدتها[٢].

وقال الشافعي: جَمْعُ ثلاثٍ في كلمة واحدة من السنة[٣].

وأما الحجة في أنَّ الثلاث قد تكون للسنة: فقول الله تعالىٰ: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾[٤]، وقد أفادت هذه اللفظة إباحة إيقاع الثنتين.

---

(١) انظر بدائع الصنائع ١٧٦٩/٤، شرح فتح القدير ٤٨٣/٣.

(٢) انظر المدونة الكبرىٰ ٤١٩/٢.

(٣) انظر نهاية المحتاج ٨/٧، روضة الطالبين ٩/٨.

(٤) البقرة: ٢٢٩.

وقال سبحانه: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[(١)]، والأمر لا يختص بعدد دون عدد، وقد أفاد إباحة إيقاع الثلاث للعدة.

ويدل عليه من جهة السنة: قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم في قصة ابن عمر: «فليطلقها طاهراً من غير جماع أو حاملاً»[(٢)]، وذلك يقتضي إباحة إيقاع الثلاث في كل طهر.

ويدل عليه أيضاً: ما روي في حديث الحسن عن ابن عمر، وقد تقدم ذكر سنده: أنَّ النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال له: «يا ابن عمر! ما هكذا أَمَرَكَ الله، إنك قد أخطأت السنة، والسنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء».

وقوله عليه الصلاة والسلام: «فتطلِّق لكل قرء»: يقتضي إباحة الطلاق الثلاث في الأطهار المختلفة؛ لأن قوله عليه الصلاة والسلام: «فتطلِّق لكل طهر»: لا يجوز أن يكون مراده تطليقة واحدة؛ لأن: «كل»: موضوعةٌ للجمع.

ومن جهة النظر: أنه لما جاز له أن يطلقها في الطهر الأول؛ لأنها طاهرة من غير جماع، كان كذلك حكم الطهر الثاني لوجود العلة.

وأيضاً: لو راجعها جاز له أن يطلقها كذلك قبل الرجعة.

فإن قيل: إيقاع الثانية قبل الرجعة لَعِبٌ بآيات الله، قال الله تعالىٰ:

(١) الطلاق: ١.

(٢) صحيح مسلم ٢/١٠٩٥ ـ ح١٤٧١.

﴿وَلَا تَتَّخِذُوٓاْ ءَايَٰتِ ٱللَّهِ هُزُوٗا ﴾[1]، وذلك لأنه ليس في إيقاعها فائدة، فإن أراد البينونة تركها حتىٰ تنقضيَ عدتها، وإن أراد الإمساك: راجعها، فلا معنىٰ للثانية.

قيل له: بلىٰ، له في هذا فائدة، وهي أنَّ الثانية والثالثة تَبِينُها قبل انقضاء العدة، والأولىٰ لا تَبِينها إلا بعد انقضاء العدة، فلما كان له في الثانية والثالثة فائدةُ حُكْمٍ، وهي البينونة قبل انقضاء العدة، جاز له أن يطلق كالأولىٰ.

* وأما قول الشافعي في إيقاع الثلاث في كلمة واحدة أنه من السُّنَّة، فإنه خلاف الكتاب والسنة والإجماع.

فأما مخالفته للكتاب: فقول الله تعالىٰ: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾، ومعلوم أنَّ هذا أمرٌ وإن كان في صورة الخبر، كقوله تعالىٰ: ﴿يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ﴾[2]، وكأنه سبحانه قال: طلِّقوهن مرتين، وهذا اللفظ يقتضي إيقاع الثنتين في دفعتين لا في دفعة؛ لأنه إن أوقعهما في كلمة واحدة، كان كأنما أوقع الثنتين في مرة واحدة، وذلك خلاف موجَب الآية، ولما اقتضىٰ اللفظ إيقاع الثنتين في دفعتين، وَجَب الفصلُ بينهما، وحَظْرُ جَمْعهما، وإذا وجب الفصل، كان الفصل واقعاً بحيضة، لأن أحداً ممن أوجب الفصل بين التطليقتين لم يوجبه إلا بحيضة.

فإن قال قائل: لما كان قول الله تعالىٰ: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾: يقتضي

---

(١) البقرة: ٢٣١.

(٢) البقرة: ٢٣١.

إيقاعهما في دفعتين من غير فصل بينهما بحيضة، فقد تضمن ذلك إيقاعهما في طهر واحد، وإذا جاز ذلك، جاز له الجمع؛ لأن أحداً لا يفصل بينهما.

قيل له: كل تأويل يؤدي إلىٰ رفع حكم اللفظ رأساً فهو ساقط، وهذا المعنىٰ يؤدي إلىٰ إسقاط فائدة الأمر بالثنتين، حتىٰ يكون وجوده وعدمه سواء فيما تضمنه من إيجاب الفصل بين التطليقتين.

وأما إيجابنا الفصل بينهما بحيضة، فليس يؤدي إلىٰ إسقاط حكم اللفظ؛ لأن إيجاب الفصل بين الثنتين قائم.

وأيضاً: لم يبح الله تعالىٰ طلاق المدخول بها ابتداء إلا مقروناً بذكر الرجعة منه، فقد قال تعالىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحۡصُواْ ٱلۡعِدَّةَۖ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ رَبَّكُمۡۖ لَا تُخۡرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخۡرُجۡنَ إِلَّآ أَن يَأۡتِينَ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖۚ وَتِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدۡ ظَلَمَ نَفۡسَهُۥۚ لَا تَدۡرِي لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحۡدِثُ بَعۡدَ ذَٰلِكَ أَمۡرٗا﴾ [1] يعني أن يندم فيراجعها، ثم قال تعالىٰ: ﴿فَإِذَا بَلَغۡنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ﴾، وقال في موضع آخر: ﴿وَٱلۡمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٖ﴾. ثم قال تعالىٰ: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ﴾ [2].

وقال: ﴿وَإِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغۡنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ سَرِّحُوهُنَّ

(١) الطلاق: ٢.

(٢) البقرة: ٢٢٨.

بِمَعْرُوفٍ ﴾[١].

فلما كانت إباحة الطلاق المبتدأ[٢] في المدخول بها مقرونة بذكر الرجعة في سائر ما ورد فيه ذلك، عَلِمْنا أنَّ ذلك شرط الإباحة، وأنه غير جائز له إيقاع الثلاث ابتداء.

فإن قيل: إنما دلت هذه الآيات علىٰ ثبوت الرجعة فيما دون الثلاث، فما الدلالة علىٰ حظر ما يوجب البينونة من الطلاق ابتداء؟

قيل له: لأنا إنما استفدنا إباحة الطلاق من هذه الآيات، وإلا فالأصل الحظر في الطلاق؛ لأنه يتعلق به إيجاب التحريم.

وقد قال الله تعالىٰ: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تُحَرِّمُواْ طَيِّبَٰتِ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكُمْ ﴾[٣]، وظاهره يقتضي حظر الطلاق، لما فيه من إيجاب التحريم، ثم أباح تحريمها بالطلاق من الوجوه التي ذكرنا، فما عداه فهو باق علىٰ حكم الحظر.

وهذه الآية يجوز الاحتجاج بعمومها في حظر الثلاث؛ لأن فيها تحريم ما أحل الله لنا.

فإن قيل: قوله تعالىٰ: ﴿لَا تُحَرِّمُواْ طَيِّبَٰتِ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكُمْ ﴾: لفظٌ مقصور

---

(١) البقرة: ٢٣١.

(٢) (المبتدأ): ساقط من (ق،ج).

(٣) المائدة: ٨٧.

علىٰ المأكولات، كقوله تعالىٰ: ﴿وَٱلطَّيِّبَٰتِ مِنَ ٱلرِّزْقِ﴾[١]، و﴿كُلُواْ مِن طَيِّبَٰتِ﴾[٢].

قيل له: المأكولات المباحة من الطيبات، وكذلك جميع ما أحل الله تعالىٰ، وليس في تخصيصه المأكول المباح بذكر الطيبات نفي لغيره أن يكون من الطيبات لا محالة[٣].

وقال الله تعالىٰ: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾[٤]، وما طاب لنا فهو من الطيبات لا محالة.

وقوله: ﴿لَا تُحَرِّمُواْ طَيِّبَٰتِ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكُمْ﴾: ينتظم سائر المباحات.

فإن قيل: فقد يجوز أن تكون الثالثة للسنة عندكم، إذا أوقعها في الطهر الثالث، أو راجعها في الثنتين، ثم أوقعها.

قيل له: أَخَذْنا ذلك بالاتفاق، والآياتُ التي ذكرنا إنما وردت في ابتداء الطلاق، لا فيمن طلق بعد[٥] ذلك.

* ومن جهة السنة: حديث ابن عمر الذي قدمنا ذكره أنه قال: «يا رسول الله! أرأيت إن طلقتُها ثلاثاً أكان لي أن أراجعها؟ فقال: لا، كانت تَبِين، وتكون معصية».

---

(١) الأعراف: ٣٢.

(٢) البقرة: ١٧٢، الأعراف: ١٦٠.

(٣) «لا محالة»: ساقط من (ق،ج).

(٤) النساء: ٣.

(٥) وفي (ق،ج): «قبل».

ويدل عليه قوله عليه الصلاة والسلام في قصة ابن عمر لعمر رضي الله عنه: «مُرْه فليراجِعْها، ثم ليدَعْها حتىٰ تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء»، وأمره عليه الصلاة والسلام أن يفصل بين التطليقتين بحيضة.

وحدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا يحيىٰ بن عبد الباقي المنقري قال: حدثنا محمد بن عبد الله بن القاسم الصنعاني قال: حدثنا عمرو بن عبد الله بن فلاح الصنعاني قال: حدثنا محمد بن عيينة أخو سفيان بن عيينة ثقة عن عبيد الله بن الوليد الوصافي، وصدقة بن أبي عمران عن إبراهيم بن عبيد الله بن عبادة بن الصامت عن أبيه عن جده قال:

«طلَّق بعضُ آبائي امرأته، فانطلق بنوه إلىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم فقالوا: يا رسول الله! إن أبانا طلَّق أمَّنا ألفاً، فهل له من مخرج؟

قال عليه الصلاة والسلام: «إن أباكم لم يتق الله فيجعل له من أمره مخرجاً، بانت منه بثلاث علىٰ غير السنة، وتسعُمائة وسبعٌ وتسعون إثم في عنقه»[1].

* وأما ما ذكرنا من طريق الإجماع، فهو ما روي عن عمر وعلي وعبد الله بن مسعود وابن عباس وابن عمر وعمران بن حصين وأبي موسىٰ، وغيرهم رضي الله عنهم من الصحابة، والتابعين[2] النكير علىٰ مُوقِعِ الثلاث معاً، في أخبار مشهورة، تركتُ أسانيدها، وسياقة متونها

---

(١) انظر الدارقطني ٤/٢٠، وقال: رواته مجهولون، وضعفاء إلا شيخنا، وأخرجه بنحوه بسند آخر عبد الرزاق في مصنفه ٦/٣٩٣.

(٢) انظر شرح معاني الآثار ٣/٥٦، مصنف عبد الرزاق ٥/١٠.

خوفَ الإطالة.

قال أنس بن مالك: «كان عمر رضي الله عنه إذا أُتي برجل قد طلَّق امرأته ثلاثاً في مجلس: أوجعه ضرباً، وفرَّق بينهما»[١].

وقال علي بن أبي طالب: «لو أنَّ الناس أخذوا بما أَمَرَ الله من الطلاق، ما تَتَبَّعُ رجلٌ نفسُه امرأةً يطلقها تطليقة، فيتربص بينه وبين أن تنقضيَ عدتها ثلاث حِيَض، ثم راجعها متىٰ شاء»[٢].

وحدثنا محمد بن زكريا قال: حدثنا أبو داود قال: حدثنا حميد بن مسعدة قال: حدثنا إسماعيل قال: أخبرنا أيوب عن عبد الله بن كثير عن مجاهد قال: «كنت عند ابن عباس، فجاءه رجل فقال: إنه طلق امرأته ثلاثاً.

قال: فسكَتَ حتىٰ ظننتُ أنه رادّها إليه، ثم قال: يطلق أحدُكم فيركب الأحموقة[٣] ثم يقول: يا ابن عباس، وإن الله تعالىٰ قال: ﴿وَمَن يَتَّقِ ٱللَّهَ يَجْعَل لَّهُۥ مَخْرَجًا﴾[٤]، فإنك لم تتق الله، فلا أجد لك مخرجاً، عصيتَ ربَّك، وبانت منك».

وقال أبو داود: روىٰ هذا الحديث حميد الأعرج، وغيره عن مجاهد عن ابن عباس، ورواه شعبة عن عمرو بن مرة عن سعيد بن جبير عن ابن

---

(١) انظر مصنف ابن أبي شيبة ٥/١١،سنن سعيد بن منصور ١/٣٠٢، وقال الحافظ ابن حجر في فتح الباري: ٩/٣٦٢: سنده صحيح.

(٢) مصنف ابن أبي شيبة ٥/٤، انظر المغني والشرح الكبير ٨/٢٣٧.

(٣) الأحموقة: أي يفعل فعل الأحمق. عون المعبود ٦/٢٧٠.

(٤) الطلاق: ٢.

عباس رضي الله عنهما، وروي عنه من طرق أخر[١].

فإن قال قائل: قد روي عن أبي سلمة بن عبد الرحمن «أنَّ فاطمة بنت قيس طلقها زوجها أبو حفص بن المغيرة ثلاثاً بكلمة واحدة[٢]»، فلم يبلغنا أنَّ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم عاب ذلك.

وطلَّق عبد الرحمن بن عوف أمَّ أبي سلمة، وهي تُمَاضر[٣] ثلاثاً[٤]، فلم يبلغنا أنَّ أحداً عاب ذلك.

قيل له: أما حديث فاطمة بنت قيس، فلم يشهده أبو سلمة، وهو مرسل؛ لأنه كان في زمن النبي صلىٰ الله عليه وسلم، فلا يصح لمخالفٍ الاحتجاجُ به.

وعلىٰ أنه قد روي عن فاطمة بنت قيس أنَّ زوجها قد طلقها آخر تطليقة بقيت لها، فهو أَوْلىٰ من قول أبي سلمة أنه طلقها في كلمة واحدة.

حدثنا محمد بن بكر قال: حدثنا أبو داود قال: حدثنا يزيد بن خالد

---

(١) انظر سنن أبي داود ٢/ ٢٦٠ ـ ح٢١٩٧، وإسناده علىٰ ما قال ابن القيم علىٰ شرط البخاري. عون المعبود ٦/٢٧١.

(٢) صحيح مسلم ٢/١١١٤ ـ ح ١٤٨٠، أبو داود ٢/٢٨٦ ـ ح ٢٢٨٥.

(٣) تماضر بنت الأصبغ بن عمرو بن ثعلبة بن حضر، من كلب، وفي الخبر: أنَّ النبي صلىٰ الله عليه وسلم بعث عبد الرحمن بن عوف إلىٰ كلب، وقال: إن استجابوا لك فتزوج ابنة ملكهم أو ابنة سيدهم، فلما قدم عبد الرحمن دعاهم إلىٰ الإسلام فاستجابوا، وأقام مَن أقام علىٰ إعطاء الجزية، فتزوج عبد الرحمن بن عوف تماضر بنت الأصبغ بن عمرو مَلِكِهم، ثم قدم بها إلىٰ المدينة، وهي أم أبي سلمة. انظر طبقات ابن سعد ٨/٢٩٨.

(٤) موطأ الإمام مالك ٢/٢٦، السنن الكبرىٰ ٧/٣٦٢.

الرملي قال: حدثنا الليث عن عقيل عن ابن شهاب عن أبي سلمة عن فاطمة بنت قيس أنها كانت عند أبي حفص بن المغيرة وطلقها آخر ثلاث تطليقات[١]، وذكر الحديث.

قال أبو بكر: قال أبو داود: وكذلك رواه صالح بن كيسان، وابن جريج، وشعيب بن أبي حمزة كلهم عن الزهري[٢].

قال: حدثنا مخلد بن خالد قال: حدثنا عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن عبيد الله بن عبد الله أنَّ مروان أرسل إلىٰ فاطمة.

وفي غير هذا الحديث: «أرسل قبيصة بن ذؤيب، فسألها، فأخبرته أنها كانت عند أبي حفص، وكان النبي صلىٰ الله عليه وسلم أمَّر علياً عليه السلام علىٰ بعض اليمن، فخرج معه زوجُها، فبعث إليها بتطليقة كانت بقيت لها».

فقد بيَّن في هذه الأخبار عن فاطمة كيفية طلاقها.

وقد روىٰ الشعبي عن فاطمة: «أنَّ زوجها طلقها ثلاثاً»[٣]، ولم يبيِّن كيفيته، وهو علىٰ ما بُيِّن حكمُه في الأخبار التي ذكرنا، أنها ثلاثٌ متفرقات، وأن آخرها كانت الثالثة.

وعلىٰ أنه لو ثبت أنه كان طلقها ثلاثاً، لم تثبت حجته في إباحة الثلاث؛ لأنه ليس فيه أنَّ النبي صلىٰ الله عليه وسلم عَلِمَ أنه طلقها ثلاثاً،

---

(١) انظر سنن أبي داود ٢/٢٨٧ ـ ح٢٢٨٩.

(٢) انظر سنن أبي داود ٢/٢٨٧- ح٢٢٨٩.

(٣) انظر سنن أبي داود ٢/٢٨٧ ـ ح٢٢٩٠، ٢٢٨٨، سنن الترمذي ٣/٤٨٤. وقال: هذا حديث حسن صحيح.

فترك النكير عليه؛ لأن في أكثر الأخبار: أنها قالت: «يا رسول الله! إن زوجي طلقني، فأَبَتَّ طلاقي»[١].

وقد تكون: ألبتة: للسنة، وهي الثلاث، والواحدة إذا وقعت علىٰ وجه الخلع.

وعلىٰ أنه لو ثبت أنها قالت للنبي صلىٰ الله عليه وسلم: «طلَّقني زوجي ثلاثاً»، لما كان يستحق النكير عليه؛ لأنه يجوز أن يطلقها في ثلاثة أطهار، ولا يستحق اللوم، ولا يجب النكير عليه.

ولأنا لو سمعنا مَن يقول: طلقتُ امرأتي ثلاثاً، كان الواجب علينا أن نحمل أمْره علىٰ ما يجوز من الطلاق، ولا نحمله علىٰ أنه واقَعَ المحظورَ بجَمْع الثلاث؛ لأن أمور المسلمين محمولة علىٰ الصحة.

وعلىٰ أنه لو ثبت أنها قالت للنبي صلىٰ الله عليه وسلم: طلَّقني ثلاثاً في كلمة واحدة ـ وإن لم يروه أحد ـ، لم يكن فيه دلالة علىٰ قولهم؛ لأن إيقاع الثلاث إذا كان محظوراً، لم يكن تصديق المرء عليه في مواقعة المحظور جائزاً، والزوج كان غائباً باليمن ولم يكن حاضراً فيسأله.

* فأما قصة عبد الرحمن بن عوف، فإن الليث يروي عن ابن شهاب عن طلحة بن عبيد الله أنَّ عثمان رضي الله عنه ورَّث تماضر من عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه، وكان عبد الرحمن طلقها تطليقة في آخر تطليقاتها الثلاث في مرضه[٢].

---

(١) سنن أبي داود ٢/٢٨٦ ـ ح٢٢٨٧.

(٢) انظر السنن الكبرىٰ ٧/٣٦٢، مصنف عبد الرزاق ٧/٦٢، المحلىٰ لابن =

فإن قيل: قد روي عن ابن سيرين إباحة الطلاق الثلاث[١].

قيل له: يحتمل أن يكون أراد ثلاثاً متفرقة في أطهار.

وعلىٰ أنه لو ثبت ما ادعاه المخالف، لما كان قوله مخالفاً علىٰ الصدر الأول.

فإن قال قائل: روي أنَّ عويمر العجلاني لما لاعَنَ رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم بينه وبين امرأته قال: كذبت عليها إن أمسكتها، هي طالق ثلاثاً»[٢].

ولم ينكر النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم طلاقَه إياها ثلاثاً.

قيل له: لا يصح لمخالفنا الاحتجاج به؛ لأنه يزعم أنَّ الفرقة قد كانت وقعت بلعان الزوج قبل لِعَانها، وأن الطلاق الثلاث لم يقع عليها، لأنه صادفها وهي بائنة منه، والبائن لا يلحقها الطلاق، فكيف يدل علىٰ أنَّ إيقاع الثلاث معاً من السنة بطلاقٍ لم يقع؟

فإن قيل: فيلزمك ذلك علىٰ أصلك[٣].

قيل له: فيه وجهان:

أحدهما: أنه جائز أن يكون قبل أن يَبِين الطلاق للعدة، ومَنْع الجَمْع بين الثلاث في الإيقاع.

حزم: ٢١٨/١٠.

(١) انظر مصنف عبد الرزاق: ٣٩٤/٦، السنن الكبرىٰ ٣٣٥/٧.

(٢) صحيح البخاري ١٧٩/٦، صحيح مسلم ١١٢٩/٢.

(٣) انظر المبسوط ٤/٦.

ووجه آخر: أنها قد كانت استحقت الفرقة والبينونة باللعان الذي كان منها، فلما كانت البينونة مستحقة: جاز تَرْكُ النكير عليه في إبانتها بالثلاث.

فإن قال قائل: لما قال النبي صلىٰ الله عليه وسلم لابن عمر رضي الله عنهما: «فإذا طهرتْ فطلِّقها»، ولم يقل: واحدة ولا ثلاثاً، اقتضىٰ العمومُ الجميعَ.

قيل له: هو مرتب علىٰ ما قدَّمه من إيقاع الفصل بين التطليقتين بحيضة؛ لأنه معلوم أنه لم يُرِدْ به فسخَ الأول، لاستحالة جواز الفسخ قبل استقرار الحكم، ألا ترىٰ أنه لم يبح بذلك إيقاع التطليقة الثانية في الحيض، بل كان مرتَّباً علىٰ ما بيَّنه في النهي عن إيقاعها في الحيض، كذلك في حكم التفريق بين التطليقات.

مسألة:

قال[1]: (وإذا قال لامرأته: أنت طالق ثلاثاً للسنَّة: وقَعْنَ في ثلاثة أطهار).

وذلك لأن هذه صفةٌ لطلاق السُّنَّة، فإن أراد وقوعهن معاً: وقَعْن معاً»[2]، وذلك لأن قوله: أنت طالق ثلاثاً: يقتضي وقوعهن معاً.

وقوله: للسنَّة: كناية عن أوقات السنَّة.

فإذا قال: لم أُرِدْ بقولي: للسنَّة: ما صار اللفظ كنايةً عنه: كان كما قال؛ لأن الواجب الرجوع إلىٰ قوله في الكنايات.

وأيضاً: فإن هذه «اللام»: تدخل في الكلام لمعان مختلفة: تارة

---

(١) مختصر الطحاوي ص١٩٣.

(٢) انظر شرح فتح القدير ٣/٤٨٣.

للماضي، وتارة للمستقبل، فاحتمل أن يريد لسنَّةٍ ماضية، كقوله عليه الصلاة والسلام: «صوموا لرؤيته»[١]، يعني لرؤية ماضية.

واحتمل أيضاً: لأجل السنَّة.

فلما كان اللفظ محتملاً لهذه الوجوه، عَمِلت نيتُه فيه.

وأيضاً: السُّنَّة في الطلاق من وجهين:

أحدهما: الوقت، والآخر العدد.

وقد كانوا يطلقون أكثر من ثلاث، فقصر الله تعالىٰ عدد الطلاق علىٰ ثلاث، فكان مصيباً لوجهٍ من السنة في اقتصاره علىٰ الثلاث، وإن خالف السنَّة في جَمْعها.

فإذا أراده: صحَّ معنىٰ اللفظ، وكان كما أراد، ووقع الثلاث في الحال[٢].

مسألة: [طلاق السنة فيمن لا تحيض]

(وإذا قال لها: أنت طالق ثلاثاً للسُّنَّة، وهي ممن لا تحيض: فإنها تطلق واحدةً الساعة، وبعد شهر أخرىٰ، وبعد شهر أخرىٰ، إذا كانت مدخولاً بها)[٣].

وذلك لأن عدتها لما كانت بالشهور، وقامت الشهور مقام الحيض، وجب أن يفصل بين كل تطليقتين بشهر، كما فصل لذوات الحيض بينهما

---

(١) صحيح البخاري ٢/٢٢٩.

(٢) انظر شرح فتح القدير ٣/٤٨٣.

(٣) المصدر السابق.

بحيضة، إذ ليس من السنة جَمْع الثلاث في الإيقاع.

مسألة : [طلاق الحامل للسنة]

قال(١): (وتطلق الحامل ثلاثاً بالشهور، في قول أبي حنيفة وأبي يوسف(٢).

وقال زفر ومحمد: لا تطلق الحامل للسنة إلا واحدة).

وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله: قول الله تعالىٰ: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾(٣)، وهو عمومٌ في الحامل والحائل.

وقال تعالىٰ: ﴿إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾(٤)، وظاهره يقتضي الواحدة، والثلاث، إذ لم يختص اللفظ بعددٍ دون غيره.

وأيضاً: قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم في قصة ابن عمر: «تطلقها طاهراً من غير جماع أو حاملاً»(٥)، فأباح طلاقها حاملاً من غير ذكرِ عددٍ، فهو علىٰ جميع الأعداد.

ومن جهة النظر: أنَّ عدة الحامل لما كانت طهراً واحداً، أشبهت اليائسة والصغيرة، في أنَّ عدتها لما كانت طهراً واحداً، طلقت بالشهور ثلاثاً، كذلك الحامل.

---

(١) مختصر الطحاوي ص١٩٤.

(٢) انظر شرح فتح القدير ٣/٤٧٨.

(٣) البقرة: ٢٢٩.

(٤) الطلاق: ١.

(٥) سبق تخريجه.

* ووجه قول محمد وزفر[1]: أنه لا بدَّ من الفصل بين تطليقتين في إصابة السنة، وما يفعل به بين تطليقتين هو ما تنقضي به العدة، بدلالة أنَّ ذوات الحيض يفصل بين تطليقاتها بالحيض، واليائسة يفصل بين تطليقاتها بالشهور، ولأن عدة ذات الحيض تنقضي بالحيض، وعدة اليائسة تنقضي بالشهور، وشهور الحامل لا تنقضي بها عدتها، فلم يجز أن يفصل بينها بالشهور، إذ لا تأثير لشهورها في انقضاء العدة.

وإذا لم يكن هناك ما يفصل به بين التطليقتين، وكان جَمْعهما لغير السنة، وجب أن لا تطلق الحامل للسنَّة إلا واحدة.

قال أحمد: والانفصال لأبي حنيفة رحمه الله من ذلك: أنَّ هذه القاعدة منتقضة علىٰ أصل محمد؛ لأنه يقول: لو طلقها وهي حامل، ثم راجعها، ثم طلقها آخرَ للسنَّة، لم تطلق حتىٰ تلد، وتطهر من نفاسها، ثم يطلقها متىٰ شاء، ففصل بين التطليقتين بالنفاس، والنفاس ليس هو معنىٰ تنقضي به العدة، ولذلك لو طلقها واحدة، ثم جامعها في ذلك الطهر، لم يطلقها في قول محمد تطليقة أخرىٰ حتىٰ تحيض حيضة[2]، فإن هي حبلت من ذلك الجماع، جاز له أن يطلقها، لأجل حدوث الحمل، ففَصَل بين التطليقتين بحدوث الحمل، وذلك معنىٰ لا يتعلق به انقضاء العدة.

---

(١) انظر المبسوط ٦/١٠.

(٢) انظر شرح فتح القدير ٣/٤٧٧.

مسألة : [طلاق غير المدخول بها]

قال[(١)] : (ويطلِّق غيرَ المدخول بها متىٰ شاء)[(٢)].

لأنه ليس عليها عدة، فيعتبر طلاقها للعدة.

مسألة :

قال : (ومن طلق امرأته ثلاثاً للسنة، وهي مدخول بها، فطلقت واحدة، ثم راجعها: وقعت أخرىٰ في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: حتىٰ تحيض حيضة بعد الطلاق الأول).

قال أبو بكر : ذكر أبو جعفر محمداً مع أبي حنيفة، وهو مع أبي يوسف[(٣)].

فأما أبو حنيفة، فلأن من أصله أنه إذا بطلت العدة بالرجعة، جاز له أن يطلقها أخرىٰ قبل الحيضة، ويكون للسنَّة، فتقع الثانية بقوله: أنت طالق ثلاثاً للسنَّة.

ومن أصل أبي يوسف ومحمد: أنه لا فرق بين أن يراجعها أو لا يراجعها، في أنه لا يجوز له أن يطلقها أخرىٰ حتىٰ يفصل بينهما بحيضة[(٤)].

قال أبو جعفر : (ولو كان راجعها بعد الطلاق الأول بالوطء: لم تقع

(١) مختصر الطحاوي ص١٩٤.

(٢) انظر المبسوط ٦/١٦.

(٣) روي عن محمد روايتان، رواية مع أبي حنيفة، وفي رواية أخرىٰ مع أبي يوسف. انظر المبسوط ٦/١٧.

(٤) ينظر المبسوط ٦/١٧-١٨.

التطليقة الثانية بالمراجعة في قولهم جميعاً)[١].

لأنه يحتاج أن يفصل بين الجماع والطلاق بحيضة.

مسألة : [قال : أنت طالق للبدعة]

قال : (ومن قال لزوجته وهي في حال سُنَّة، أو في حال بدعة: أنتِ طالق للبدعة، أو قال: أنتِ طالق، ولم يقل للبدعة ولا للسنة: فهي طالق ساعتئذ).

وذلك أنَّ ذكر البدعة لغو، إذ ليس للبدعة وقت معروف ينصرف الطلاق إليه، وليس كذلك قوله: أنت طالق للسنة؛ لأن قوله: أنت طالق للسنَّة، بمنزلة قوله: أنت طالق لأوقات السُّنَّة، فكأنَّ الوقت ملفوظٌ به في اليمين.

* * * * *

(١) ينظر المبسوط ٦/١٧-١٨.

باب صريح الطلاق[١]

مسألة : [متعة المطلقة]

قال أبو جعفر[٢]: (ونفتي المطلِّـقَ لزوجتـه بعـد دخولهـا أن يُمَتِّعهـا، ونحضُّه علىٰ ذلك، ولا نُجبره عليه كما نُجبر المطلِّقَ لها قبل الدخول ولم يسمِّ لها صداقاً).

قال أبو بكر : قد بيَّنَّا وجه المسألتين فيما تقدم[٣].

مسألة : [ألفاظ صريح الطلاق]

قال أبو جعفر : (ومَن قال لزوجته وقد دخل بها: أنتِ طالق، أو: أنتِ واحدة، أو: اعتدِّي، أو: استبرئي رَحِمَكِ، وأراد الطلاق في هذه الألفـاظ الثلاثة، طَلُقت واحدةً يملك فيها الرجعة، ولا يقع بهـذا القـول أكثـر مـن واحدةٍ وإن أراد ذلك).

قال أبو بكر : الطلاق علىٰ أربعة أنحاء:

أحدها : صريحُ الطلاق، وهو قوله: أنتِ طالق، و: طلَّقتُكِ، ونحـوه

---

(١) انظر المبسوط ٦/٦١، شرح فتح القدير ٤/٣-٤.

(٢) مختصر الطحاوي ص١٩٤.

(٣) في كتاب النكاح، أواخر باب الأصدقة.

مما كان هذا وَصْفه من الألفاظ، فإن الإيقاع متعلق بـه بوجـود اللفـظ مـن مكلَّف.

والثاني: وقوع الطـلاق بالكنايـات الـتي تـصح أن تكـون عبـارة عـن الطلاق، نحو قوله: أنتِ خَلِيَّـةٌ، و: بَرِيَّـةٌ، و: بَتَّـةٌ، و: بـائن، و: حـرامٌ، ونحوها من الألفاظ التي هي كنايات عن الطلاق، مـن حيـث كـان اللفـظ مفيداً للبينونة، والتحريم، وقَطْع الزوجية، ونحو ذلك.

والثالث: قوله: اعتدِّي، و: استبرئي رَحِمَكِ، و: استُري، و: تَقَنَّعي، وما جرىٰ مجرىٰ ذلك، فإن هذه الألفاظ ليست كناية عن الطـلاق نفـسه، وإنما الطلاق مدلول عليه باللفظ؛ لأن الطلاق لما تعلَّق به وجوب العـدة، صار قوله: اعتدِّي: دلالة علـىٰ الطـلاق، لا أنَّ العـدة نفـسها طـلاق، ولا عبـارةً عنـه، وكـذلك اسـتبراء الـرحم، وكـذلك الاسـتتار، والتقنُّـع، والخروج، ونحوها، وإنما الطلاق مدلول عليه باللفظ، غـيرُ ملفـوظٍ بـه، ولا بما هو كناية عنه[1].

والرابع: ما ليس بكناية، ولا مدلولٍ عليه باللفظ، وإنما يقع به مـن طريق الحكم، وهو قوله: اختاري؛ لأن التخيير ليس من ألفاظ الطلاق، ولا هو مدلول عليه به، ألا ترىٰ أنه لو قال لها: اختـاري، أو قـال: قـد خيَّرتك، ونوىٰ به إيقاع الطلاق: لم يقع به شيء، مـا لم تقـل هـي: قـد اخترتُ نفسي، أو طلَّقتها، ومن أجـل ذلـك لم يوقعـوا بـه الـثلاث وإن أراد بها.

(١) انظر شرح فتح القدير: ٤/ ٦٣.

فهذه جملة ما تنصرف عليه ألفاظ الطلاق[١].

* وأصلٌ آخر يجب اعتباره في ذلك: وهو أنه لا يجوز إيقاع الطلاق بنيةٍ لا لَفْظَ معها، وكذلك البينونة المتعلقة بالطلاق لا يجوز إيقاعها بنيةٍ عاريةٍ من لفظ يقتضيها ويوجبها.

والدليل علىٰ صحة هذا الأصل: حديث قتادة عن زُرارة بن أوفىٰ عن أبي هريرة عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال: «إن الله تجاوز لأمتي ما حَدَّثتْ به أنفُسُها ما لم تعمل، أو تتكلم به»[٢].

وأيضاً: فلا خلاف أنَّ سائر العقود لا يصح إيقاعها بالنية دون اللفظ، كالنكاح والبيع والهبة والصدقة، ونحوها، فكذلك الطلاق.

ومما يجب اعتباره: أنَّ كنايات الطلاق الموجِبة للبينونة، لا يصح إيقاع الطلاق فيها عارياً من البينونة التي يقتضيها اللفظ، لما فيه من إسقاط اللفظ، وحصول الطلاق بنية عارية من اللفظ.

وأصل آخر: وهو أنَّ كل لفظ احتمل الطلاق، واحتمل غيره: لم يجز لنا إيقاع الطلاق به إلا باعترافه بنية الطلاق، أو بدلالة الحال عليه.

وكذلك كل لفظ احتمل الثلاث والواحدة: لم نلزمه به الثلاث إلا بالنية.

والأصل في ذلك: ما روي أن ركانة بن عبد يزيد طلَّق امرأته ألبتة،

---

(١) انظر شرح فتح القدير ٤/٧٩.

(٢) صحيح البخاري ٦/١٦٩.

فاستحلفه النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «ما أردتَ إلا واحدة؟»(١).

لما احتمل قولُه: «ألبتة»: الثلاث، واحتمل الواحدة، جعل النبي صلىٰ الله عليه وسلم القولَ قولَه فيما أراد، فصار ذلك أصلاً في نظائر ذلك من المسائل.

وإذا صح ما وصفنا، قلنا في قوله: أنتِ طالق: إنه صريح الطلاق، واللفظ الموضوع في الشرع لإيقاع الطلاق، معلَّق وقوعه بوجود لفظه به.

* وهو رجعي؛ لقول الله تعالىٰ: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ﴾(٢)، وقال: ﴿وَإِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغۡنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ﴾(٣)، وقال: ﴿وَٱلۡمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٖ﴾(٤)، ثم قال: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ﴾(٥).

فأثبت تعالىٰ الرجعة في إيقاع ما دون الثلاث، إذ كان موقَعاً بصريح اللفظ.

* وأما قوله: اعتدِّي، و: استبرئي رَحِمَك: فإن الأصل في صحة إيقاع الطلاق به وبنظائره من الألفاظ: ما روي «أنَّ النبي صلىٰ الله عليه وسلم

---

(١) سنن أبي داود ٢/٢٦٣ ـ ح٢٢٠٦، شرح السنة للبغوي: ٩/٢٠٩، وتمام الحديث: فقال ركانة: والله ما أردتُ إلا واحدة.

(٢) البقرة: ٢٢٩.

(٣) البقرة: ٢٣١.

(٤) البقرة: ٢٢٨.

(٥) البقرة: ٢٢٨.

قال لسودة: اعتدِّي، ثم راجعها»[١]، فدل ذلك علىٰ معنيين:

أحدهما: أنَّ قوله: اعتدِّي: ليس بكنايةٍ عن الطلاق، ولا عبارة عنه، وإنما الطلاق مدلول عليه باللفظ، فصار ذلك أصلاً في إيقاع الطلاق بالألفاظ الدالة عليه، نحو قوله: استبرئي رحمك، و: اخرجي، و: اذهبي، و: حَبْلُكِ علىٰ عاتقك، ونظائرها من الألفاظ.

والمعنىٰ الثاني: أنَّ اللفظ الذي ليس فيه دلالة علىٰ البينونة، لا يوجب البينونة؛ لأن لفظ العدة ليس من ألفاظ البينونة، ولا هو دلالة عليها؛ لأن العدة تجب في[٢] الطلاق الرجعي كوجوبها من البائن، فإذا لم يخص اللفظ بالبينونة، لم يجب إيقاع البينونة بها، فمن أجل ذلك قلنا في قوله: استبرئي رحمك: إنه رجعي؛ لأن استبراء الرحم، هو العدة في مثل ذلك، فصار كقوله: اعتدِّي.

* وقوله: أنتِ واحدة: كناية عن الطلاق نفسه، والمعنىٰ فيه: أنتِ طالق تطليقة واحدة، ومع ذلك فليس في اللفظ دلالة علىٰ البينونة.

ولا يقع به إلا رجعياً؛ لأن الواحدة لا تختص بالبينونة، ولا يدل عليها، لأن الواحدة تكون بائناً، وتكون رجعياً، فلم يجز إيقاع البينونة بها، فهو في هذا الوجه بمنزلة قوله: اعتدِّي وإن خالفه في موضوع معنىٰ اللفظ؛ لأن الطلاق مدلول عليه في قوله: اعتدِّي، ويكنىٰ عنه في قوله: أنتِ واحدة[٣].

---

(١) انظر إعلاء السنن ١١/١٩٧.

(٢) وفي (ق.ج): (من).

(٣) انظر شرح فتح القدير ٤/٦٢.

مسألة : [ألفاظ الطلاق البائن]

قال أبو جعفر[١]: (ومن قال لزوجته: أنت خَلِيَّةٌ، أو: بَرِيَّة، أو: بائن، أو: بتَّةٌ، أو: حرام، أو: اعتدِّي، أو: أَمْرُكِ بيدك، أو: اختاري، فقالت: قد اخترتُ نفسي، فقال الزوج: لم أُرِدْ بذلك طلاقاً، فإن كان في ذِكْر طلاقٍ: لم يُقبل قوله، وكان ذلك طلاقاً بائناً، غير اعتدِّي: فإنه رجعي)[٢].

قال أبو بكر : إذا لم يكن في ذِكْر الطلاق: فالقول قوله؛ لأن اللفظ المحتمِل للطلاق وغيره لا يوقَع به الطلاق إلا بالنية، لما في حديث يزيد بن ركانة من الدلالة عليه، وقد بيَّنَّاه.

فإن كان في ذِكْر الطلاق: لم يُصدَّق، نحو أن تقول له: طلِّقني، فأجابها بشيء من هذه الألفاظ.

وذلك لأن دلالة الحال في مثل ذلك قائمة مقام النطق به، ألا ترىٰ أنَّ رجلاً لو قال لآخر: طلَّقتَ امرأتك؟ فقال: نعم، كان ذلك كقوله: نعم طلقتُها، وإن كانت: «نعم»: ليست عبارة عن الطلاق، ولا فيها دلالة عليه.

وقال الله تعالىٰ: ﴿فَهَلْ وَجَدتُّم مَّا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا قَالُوا۟ نَعَمْ﴾[٣]، فقام ذلك مقام قولهم: وجدنا.

* وإنما كان سائر الألفاظ التي ذكرها بائناً، غير: «اعتدِّي»؛ لأن الرجل يَملك إبانتها، ويقطع ما بينه وبينها من الزوجية، والدليل علىٰ

---

(١) انظر مختصر الطحاوي ص١٩٥.

(٢) انظر شرح فتح القدير ٤/٦٥.

(٣) الأعراف: ٤٤.

ذلك: أنه يجوز أن يأخذ منها عوضاً، ولولا أنه يملك البينونة، لما جاز أخذ البدل عنها؛ لأنه لا يجوز أن يستحق بدل ما لا يملكه.

فإن قال قائل: لو قال: أنتِ طالق، ونوىٰ البينونة: لم تَبِنْ، ومع ذلك يجوز له أَخْذ البدل، بأن يقول لها: أنتِ طالق علىٰ ألف درهم، فيستحق عنه العوض، ومع ذلك لا يصح منه إيقاع البينونة بهذا اللفظ، إذ لم يعقده بشرط العوض.

قيل له: إنما[1] يقع الطلاق باللفظ المقتضي للبينونة، فأما اللفظ الذي لا دلالة له فيه علىٰ البينونة، فلا يصح إيقاع البينونة به.

وقوله: أنتِ طالق: إذا أفرده عن ذكر المال: لم يدل علىٰ البينونة، فإذا عَقَدَه بالمال، فقد دل علىٰ البينونة بذكره البدل، وشَرْط استحقاق البدل، فصار كقوله: أنتِ طالق بائن إن حصل لي البدل، فإذا لم يحصل لي البدل لم تكن بائناً.

* وأما قوله: أنتِ بائن: ونظائره من الألفاظ المقتضية للبينونة، فإن البينونة موجودة في اللفظ، فوجب إيقاعها به.

ودليل آخر: وهو أنَّ قوله: أنتِ بائن، ونحوه: لا يقع بها الطلاق إلا بانضمام النية إلىٰ اللفظ، ومتىٰ انفرد أحدهما عن الآخر لم يقع به طلاق، ونحن فمتىٰ لم نوقع البينونة بها، فقد أسقطنا اللفظ، ومتىٰ عريت النية من اللفظ لم يقع بها طلاق.

وأيضاً: فقد اتفق الجميع[2] علىٰ أنه لو نوىٰ بها ثلاثاً كانت ثلاثاً، من

---

(١) وفي الأصل: «لم يقع»، والمثبت من (ق.ج).

(٢) انظر بدائع الصنائع ١٨١٩/٤.

حيث اقتضىٰ اللفظ بينونة الثلاثة، ودل عليها، فينبغي أن تقع به واحدة بائنة من حيث دل اللفظ عليها.

فصل : [أثر النية في ألفاظ الطلاق]

قال أبو جعفر : (وإن أراد بهذه الألفاظ ثلاثاً: كانت ثلاثاً إلا في: اعتدِّي، واختاري، فإن قوله: اختاري: لا يقع به إلا واحدة بائنة)[(١)].

قال أبو بكر : أما قوله: اعتدِّي: فلما قلنا إنه ليس فيه دلالة علىٰ البينونة؛ لأن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال لسَوْدة: «اعتدِّي، ثم راجَعَها»[(٢)].

وأما: اختاري: فليس من ألفاظ الطلاق؛ لأن الزوج لا يمكنه إيقاع الطلاق بها لو قال لها: خيَّرتك، وأراد الإيقاع بنفس اللفظ: لم يقع، وإنما يقع به الطلاق من جهة الحكم تشبيهاً بسائر أنواع الخيارات الحادثة علىٰ الزوجية في إيجاب الفرقة، ولا يقع به أكثر من واحدة، نحو خيار امرأة المجبوب، والعِنِّيْن[(٣)].

مسألة : [أثر النية في ألفاظ الطلاق حال الغضب]

قال أبو جعفر : (وإن كان ذلك منه في غضب، وقال: لم أُرِد به طلاقاً، لم يُصدَّق في: اعتدِّي، و: اختاري، و: أَمْرُك بيدك، وصُدِّق في الخمس البواقي).

---

(١) مختصر الطحاوي ص١٩٥، المبسوط ٦/٧٣.

(٢) فتح الباري ٩/٣١٣، وقال ابن حجر: «إسناده صحيح».

(٣) الهداية مع شرح فتح القدير ٤/٣٠٢.

قال: (وروي عن أبي يوسف أنَّ قوله: قد خلَّيتُ سبيلَك، و: لا مِلْكَ لي عليك، و: لا سبيل لي عليك: بمنزلة هذه الخمس التي أوقع أبو حنيفة الطلاق بها).

قال: (وروي عن أبي يوسف أيضاً أنه قال: قد فارقتك، و: قد خلعتك: بمنزلتهن أيضاً)[1].

قال أبو بكر: أما قوله في الخمس البواقي، فإنه يحتمل وجهين:

يحتمل الشتيمة والسب، ويحتمل الطلاق، وليست دلالة الحال بأظهر في الطلاق منها في الشتيمة، فصُدِّق علىٰ ما نوىٰ.

وأما قوله: اعتدِّي، و: اختاري، و: أمْرُكِ بيدكِ: فلا يحتمل السبَّ والشتيمة، وحالُ الغضب يدل علىٰ قصد الطلاق والبينونة بهذه الألفاظ، فكذلك لم يُصدَّق علىٰ أنه لم يُرِد الطلاق.

قال أبو بكر: وأما قوله لها: اذهبي، و: قُومي، أو: استتري، أو: تقنَّعي، أو: تخمَّري: فإنه إن نوىٰ بها الطلاق: كان طلاقاً بائناً، إلا أن ينويَ ثلاثاً: فيكون ثلاثاً، وسواء كان في ذِكْر غضب، أو طلاقٍ، فهو مصدَّق في أنه لم يُرِد الطلاق.

وهو مفارِقٌ لجميع ما قدَّمنا ذِكْرَه من الألفاظ، من قِبَل أن البينونة مدلول عليها بهذه الألفاظ، وليست الألفاظ كناية عنها[2]، فهو مصدَّق

(١) انظر شرح فتح القدير ٤/٦٦.

(٢) وفي الأصل «عنهما»، والمثبت من (ق.ج).

علىٰ ما نوىٰ بها في الغضب وذِكْر الطلاق، وغيره[1].

فإن قيل: فقوله: اعتدِّي: ليس من ألفاظ الطلاق، فلِمَ لا نصدِّقه علىٰ نفي إرادة الطلاق في حال الغضب؟[2].

قيل له: إنما اختلفا من جهة أنَّ قوله: اعتدي: فيما يتعلق به من حكم الطلاق، بمنزلة صريح الطلاق، ألا ترىٰ أنه لا يقع به إلا رجعي، وليس كذلك سائر ما وصفنا.

وأيضاً: فإن قوله: اعتدي: قد وردت به السنة في إيقاع الطلاق به، ولم تَرِد في سائر ما ذكرنا من الألفاظ.

وأيضاً: فإن دلالة: اعتدِّي: علىٰ الطلاق، أظهر من دلالة الألفاظ التي ذكرنا؛ لأن العدة موجَبَة عن الفرقة، مختصة بها.

والتقنُّع، والاختمار، والتستر، لا تدل بأنفسها علىٰ الطلاق، إذ ليست مختصة بها.

وأيضاً: فإن هذه الألفاظ قد تحتمل معاني غير الطلاق مع ذكر الطلاق والغضب، وهو الإقصاء، والإعراض، بأن يقول لها: اخرجي: علىٰ جهة الطرد والإبانة، و: استتري: يريد به الإعراض عنها في ترك النظر إليه، فصُدِّق من أجل احتمال اللفظ لذلك علىٰ ما أراد.

---

(١) انظر شرح فتح القدير ٤/ ٦٥.

(٢) وفي (ق.ج): «ولم نصدقه».

مسألة : [حكم طلاق الثلاث في كلمة واحدة]

قال أبو جعفر[١] : (ومَن طلَّق امرأته ثلاثاً في كلمة واحدة، وقد دخل بها، أو لم يدخل: طلقت ثلاثاً، ولا تحل له إلا بعد زوجٍ يدخل بها)[٢].

قال أبو بكر : أما وقوع الثلاث معاً على المدخول بها، فهو إجماع السلف من الصدر الأول، ومَن بعدهم من التابعين، وفقهاء الأمصار[٣].

ولم يجعل أصحابنا قولَ مَن نفىٰ وقوع الثلاث معاً خلافاً؛ لأنهم قالوا فيمن طلق امرأته ثلاثاً معاً، ثم وطئها في العدة: أنَّ عليه الحد، ولم يجعلوا قولَ مَن نفىٰ وقوعه بشبهة في سقوط الحد عنه[٤].

* وأما طلاق الثلاث معاً لغير المدخول بها، ففيه خلاف بين السلف.

قال علي بن أبي طالب، وابن مسعود، وزيد بن ثابت، وابن عمر، وابن عباس، وعبد الله بن عمرو، وابن مغفل، وأنس، وجابر بن عبد الله، وأبو سعيد الخدري، وسعيد بن المسيب: إنه تقع الثلاث معاً إذا قالهن في كلمة واحدة[٥].

وقال الحسن، وعطاء، وطاوس، وجابر بن زيد: إذا طلقها ثلاثاً قبل

---

(١) مختصر الطحاوي ص١٩٦.

(٢) المبسوط ٦/٤، شرح فتح القدير ٣/٤٦٨، الأم للإمام الشافعي ٥/١٨٣.

(٣) انظر شرح فتح القدير ٣/٤٦٩، الأم للإمام الشافعي ٥/١٨٢، بداية المجتهد ٢/٦١، المغني والشرح الكبير ٨/٤٠٧، فتح الباري ٩/٣٦٥.

(٤) انظر شرح فتح القدير ٥/٢٥٣، المغني والشرح الكبير ٨/٤٤١.

(٥) انظر السنن الكبرىٰ ٧/٣٣٤، مصنف عبد الرزاق ٦/٣٩٢، انظر البناية شرح الهداية ٤/٤٦٠.

الدخول: فهي واحدة، وروي عن ابن عباس مثله في إحدىٰ الروايتين[(١)].

* والدليل علىٰ وقوع الثلاث علىٰ المدخول بها في الطهر الواحد: قول الله تعالىٰ: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ﴾[(٢)]، وظاهره يقتضي وقوع الثلاث في الطهر الواحد، بأن تطلق ثنتين، ثم واحدة.

فإن قيل: هذا محمول علىٰ قوله تعالىٰ: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾.

قيل له: نستعمل الآيتين جميعاً، فنقول: إن المأمور به هو الإيقاع للعدة بهذه الآية، فإن لم يفعل وطلق لغير العدة: جاز بالآية الأخرىٰ[(٣)].

ويدل عليه قوله تعالىٰ في سياق الآية: ﴿وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدۡ ظَلَمَ نَفۡسَهُۥ﴾[(٤)]، ولولا وقوع طلاقه لغير السنة، لما كان ظالماً لنفسه، ولا متعدياً لحدود الله، وكان بمنزلة مَن تكلم بكلمةٍ لغو، لا حكمَ لها، ولا يصير بها ظالماً لنفسه.

وأيضاً: كونها منهياً عنها، لا يمنع وقوعها؛ لأن الله تعالىٰ جعل الظهار مُنْكَراً من القول وزوراً، وألزمه مع ذلك حكم التحريم.

ويدل عليه من جهة السنة: قصة يزيد بن ركانة حين طلق امرأته ألبتة،

---

(١) مصنف ابن أبي شيبة ٥/٢٦.

(٢) البقرة: ٢٢٩.

(٣) انظر أحكام القرآن للجصاص ١/٣٨٦.

(٤) الطلاق: ١.

فحلَّفه رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم ما أراد إلا واحدة[١]، فلولا أنَّ الثلاث كانت تقع بإرادته، ما كان لتحليفه عليها معنىٰ.

ويدل عليه حديث ابن عمر، وقد ذكرنا إسناده، أنه قال: «يا رسول الله! أرأيتَ إن طلقتُها ثلاثاً؟ فقال: إذاً عصيتَ ربك، وبانت منك امرأتك»[٢].

وحديث أنس عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «مَن طلق امرأته للبدعة، ألزمناه بدعته»[٣].

وأيضاً: في حديث عبادة الذي قدَّمناه عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «إن أباكم لم يتق الله، فلم يجعل له مخرجاً، بانت منه بثلاثٍ علىٰ غير السنة»[٤].

ومن جهة النظر: إنَّ الزوج قد ملك الثلاث بعقد النكاح، فمن حيث ملك التفريق، وَجَبَ أن يملك الجمع، كما أنَّ مَن له تزويج أربع نسوة متفرقات، جاز له أن يجمعهن في عقدة.

فإن قال قائل: إنما مَلَكَ بعقد النكاح ثلاثاً يوقعهن في أطهار متفرقة، مثل الوكيل بإيقاع الثلاث في أطهار، ولا يجوز له جمعهن.

قيل له: الوكيل لا يملك الطلاق بحال، وإنما هو معبِّر عن غيره، غيرُ مطلِّق لنفسه[٥]، والزوج مالِكٌ للطلاق، ويطلِّق لنفسه، ألا ترىٰ أنَّ أحكام

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) سبق تخريجه.

(٥) أحكام القرآن ١/٣٨٧.

الطلاق تتعلق به، ولا تتعلق بالوكيل، فدل أنه مالكٌ يوقـع مـا أوقعـه مـن الثلاث المملوكة بالعقد.

فإن قال قائل: روي عن ابن عباس «أنَّ الثلاث كنَّ علىٰ عهد رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم، وأبي بكر، وصدراً من إمارة عمر: واحدة، فلما رأىٰ عمرُ الناسَ قد تتابعوا في الطلاق، أجاز ذلك عليهم»(١).

قيل له: هذا يحتمل وجهين:

أحدهما: أن يكون لمَّا رأىٰ الناسَ يطلِّقون ثلاثاً في أطهار متفرقة قال: هذه الثلاث التي توقعونها، كان الناس في زمن النبي صلىٰ الله عليه وسلم، وأبي بكر، وعمر إنما يطلِّقون واحدة، ثم إن عمر أجاز عليهم، ولم ينكره؛ لأنه جائز لهم أن يطلقوا ثلاثاً للسنة.

والوجه الآخر: أن يكون مراده في الطلاق الثلاث قبل الدخول، وقد رُوي ذلك عنه علىٰ هذا الوجه، وهو ما حدثنا محمد بن بكر قال: حدثنا أبو داود قال: حدثنا محمد بن عبد الملك بن مروان قال: حدثنا أبو النعمان قال: حدثنا حماد بن زيد عن أيوب عن غير واحد عن طاوس عن ابن عباس قال:

«كان الرجل إذا طلق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها: جعلوها واحدةً علىٰ عهد رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم، وأبي بكر، وصدراً من إمارة عمر، فلما رأىٰ عمرُ الناسَ قد تتابعوا فيها، فقال: أجيزوهنَّ عليهم»(٢).

ووجه ذلك عندنا: أن يقول لها: أنتِ طالق، وطالق، وطالق، فتقع

---

(١) فتح الباري ٩/٣٦٣.

(٢) صحيح مسلم ٢/١٠٩٩ ـ ح١٤٧٢، سنن أبي داود ٢/٢٦١ ـ ح٢١٩٩.

الأولىٰ، وتَبين بها، ولا يقع ما بعدها؛ لأنه صادفها وهي أجنبية.

فصل :

وأما **وجه إيقاع الطلاق الثلاث علىٰ غير مدخول بها**: فهو أنه قد مَلَكَ الثلاث بعقد النكاح، وله إيقاعها مع بقاء الملك، إذ لا فرق بين الواحدة وبين الثلاث في أنه مالك للجميع، وإيقاعه صادف ملكاً.

والدليل علىٰ أنه قد ملك الثلاث بعقد النكاح: أنه لو طلقها واحدة فبانت منه، ثم تزوجها، ثم طلقها، ثم تزوجها فطلقها أخرىٰ، أنها تَبين بثلاث، فعلمنا أنه مَلَكَ الثلاث بالنكاح الأول، ألا ترىٰ أنه لم يجعل الطلاق الثاني طلاقاً مستأنفاً، فدلَّ ذلك علىٰ أنه قد ملك الثلاث بالنكاح الأول، ولا يختلف فيها حكم المدخول، وغير المدخول، كما لا يختلف حكمها في إيقاع الواحدة.

وأيضاً: فإن الدخول لا يُحْدِث له ملك طلاق، ولو دخل بها ثم طلق ثلاثاً معاً: وقعن كذلك قبل الدخول.

فإن قيل: لما قال: أنت طالق: فقد بانت قبل أن يقول ثلاثاً، فلا يقع إلا واحدة.

قيل له: هذا فاسد؛ لأن الكلام إنما يتعلق حكمه بآخره، ألا ترىٰ أنه لو قال: أنت طالق علىٰ ألف درهم: لم يجز لنا إفراد الطلاق عن المال، وكذلك لو قال: أنت طالق إن دخلتِ الدار، فإنا نعلِّق طلاقَه بالشرط وإن لم يدخل بها، كذلك قوله: أنت طالق ثلاثاً[1].

---

(١) انظر شرح فتح القدير ٤/ ٢٥.

مسألة : [خيار المجلس في الطلاق]

قال[١] : (ومن خَيَّر امرأتـه، أو جعـل أَمْرَهـا بيـدها: فـإن لهـا الخيـار مادامت في مجلسها وإن مكثت يوماً، مـا لم يقـم، أو يأخـذ في عمـلٍ آخر)[٢].

قال أبو بكر : الأصل في تعلُّق الخيـار علـىٰ المجلـس: مـا روي عـن عمر، وعثمان، وعبد الله بن مسعود، وعبد الله بن عمر، وجابر بـن عبد الله، في آخرين من التابعين، ولم يُروَ عن أحدٍ من نظرائهم خلافُه من وجه صحيح، فصار إجماعاً من السلف[٣]، وصار ذلـك أصـلاً في نظـائره مـن سائر ألفاظ التمليك أنها علىٰ المجلس.

* وما جُعل إلىٰ المرأة مـن أَمْرِهـا منـه، فإنـه سـواء كـان علـىٰ وجـه التمليك أو التوكيل: فهو علىٰ المجلس، ما لم يكن في اللفظ دليل علىٰ ما بعد المجلس.

وذلك لأنها لا تكون وكيلاً في أمـر نفـسها، فـسواء قـال لهـا: أَمْـرك بيدك، أو: طلِّقي نفسك إن شئتِ، أو: إن أحببـتِ: فـإن ذلـك لا يختلـف حكمه في تعلقه بالمجلس.

والمعنىٰ في جميع ذلك: أنه تمليك للطلاق يتعلـق علـىٰ المجلـس ، والأصل فيه ما ثبت عن السلف من تعلق الخيار علىٰ المجلس.

---

(١) مختصر الطحاوي ص١٩٦.

(٢) المبسوط ٢١١/٦، العناية مع شرح فتح القدير ٧٦/٤، تبيين الحقائق ٢٢٠/٢.

(٣) مصنف ابن أبي شيبة ٦٢/٥.

* ويجوز أن نردَّه إلىٰ أصل آخر، وهو قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا»[١]، فأوجب لكل واحد منهما خيار القبول في المجلس الذي أوجبه له فيه.

والمعنىٰ فيه: أنَّ قوله: قد بعتك هذا العبد بألف درهم: يوجب له تمليك القبول، إذ لا يجوز أن يكون توكيلاً[٢]، فلما تعلق تمليك القبول علىٰ المجلس، اعتبرنا ذلك في سائر ألفاظ التمليك، كالذي يقول لامرأته: طلقي نفسك، أو: أَمْرُكِ بيدك، و: اختاري، ونحو ذلك.

* وقال أصحابنا في الرجل يقول للرجل: طلِّق امرأتي، أو: أعتِق عبدي: أنَّ له أن يطلق، ويعتقَ بعد القيام من المجلس وقبله، وذلك لأن هذا التوكيل، والوكالة لا تتعلق علىٰ المجلس، وفرقوا بينه، وبين قوله للمرأة: طلِّقي نفسك، وللعبد: أعتق نفسك، في تعلقه علىٰ المجلس، وبين قوله ذلك لأجنبي؛ لأنهما لا يكونان وكيلين[٣] فيما جُعل إليهما من الطلاق والعتق، والأجنبي يكون وكيلاً في ذلك[٤].

وإنما يكونا وكيلين في ذلك[٥]؛ لأنهما يوقعان ذلك لأنفسهما، ولا يكون الإنسان وكيلاً لغيره فيما يوقعه لنفسه.

---

(١) صحيح البخاري ٣/١٨، صحيح مسلم ٢/١١٦٣ـ ح١٥٣١، واللفظ لأبي داود ٣/٢٧٢ ـ ح٣٤٥٤، نصب الراية ٤/١.

(٢) وفي (ق.ج): «وكيلاً».

(٣) وفي (ق.ج) «وكيلان».

(٤) انظر العناية مع شرح فتح القدير ٤/٧٧.

(٥) وفي (ق.ج): «فيه».

ألا ترىٰ أنَّ المشتري لا يكون وكيلاً فيما ملك من القبول؛ لأنه قَبِلَه لنفسه، كذلك المرأة والعبد فيما ملكا من العتق والطلاق، وأما إذا فوض ذلك إلىٰ الأجنبي بألفاظ التمليك، فإنه يتعلق علىٰ المجلس أيضاً، نحو قوله: طلق امرأتي إن شئتَ، أو: أحببتَ، أو: هَوِيتَ، أو نحو ذلك، أو قال له: أَمْرها بيدك، أو قد خيَّرتك في طلاقها، فإن جميع ذلك يتعلق علىٰ المجلس، لأنه من ألفاظ التمليك[1].

[مسألة:]

قال أبو جعفر: (فإن كانت قائمة فجلست: فهي علىٰ خيارها، وكذلك لو كانت متكئة فجلست، أو قاعدة فاتكأت، أو كانت تسير علىٰ دابة أو مَحْمَل فوقفت: فهي علىٰ خيارها)[2].

قال أبو بكر: الأصل فيه: أنَّ كل ما دل من فعلها علىٰ الإعراض عن الجواب، وتَرْكِ الإيقاع: فإنه يبطل الخيار، وما لم يدل علىٰ ذلك: فإنه لا يبطل الخيار.

فقلنا علىٰ ذلك: إن جلوسها وهي قائمة لا يدل علىٰ الإعراض عن الجواب؛ لأنها يجوز أن تقعد لتتروَّىٰ في أمر الخيار؛ لأن حال القعود أجمع للرأي والفهم.

وكذلك لو كانت متكئة فقعدت، أو قاعدة فاتكأت؛ لأن الإنسان قد ينتقل إلىٰ هذه الأحوال قاصداً به اجتماع رأيه وفكره، ولينظر فيما جُعِل إليه من ذلك، فلم يكن في ذلك دليل علىٰ الإعراض عن الجواب.

(١) الهداية مع شرح فتح القدير ٤/٩٩.

(٢) انظر شرح فتح القدير ٤/٩٥، وما بعدها.

* **قال**: (إن كانت راكبة، فسارت فلا خيار لها)[١].

وذلك لأن سَيْرها يدل علىٰ الإعراض عن الجواب، كالمشي.

* (وأما السفينة فهي بمنزلة البيت): لا يبطل خيارها بسَيْرها، والفرق بينها وبين الدابة: أنَّ راكب الدابة هو الذي يسيِّرها، وراكب السفينة ليس هو الذي يسيِّرها.

* **قال**: (وإذا قالت: أُدْعُ أبي أستشيره، أو أُدْعُ لي شهوداً أُشهدهم علىٰ اختيار نفسي: فهي علىٰ خيارها).

وذلك لأن هذا من أمر الخيار، فلا دلالة فيه علىٰ تَرْك الجواب.

مسألة: [ما يتضمنه تخيير الزوجة في الطلاق]

قال أبو بكر: واختلف السلف فيما يتضمنه الخيار من الإيقاع:

فقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وعبد الله بن مسعود، وابن عباس، وإبراهيم النخعي، وسليمان بن يسار: إذا اختارت نفسها: فواحدة رجعية، وإن اختارت زوجَها: فلا شيء[٢].

وقال علي بن أبي طالب: إن اختارت نفسَها فواحدة بائنة، وإن اختارت زوجَها: فواحدة رجعية[٣].

وقال زيد بن ثابت: إن اختارت نفسَها: فثلاثاً، وإن اختارت زوجَها:

---

(١) انظر شرح فتح القدير ٤/٩٦.

(٢) انظر سنن الترمذي ٣/٤٨٣، فتح الباري ٩/٣٦٨.

(٣) انظر المصدرين السابقين.

فواحدة رجعية، وهو قول الحسن[١].

قال أبو بكر: قالت عائشة: «خيَّرَنا رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم، فاخترناه، فلم يَعُدَّه طلاقاً»[٢]، فهذا هو الأصل في أنَّ الخيار ليس بطلاق، ما لم تختر نفسَها.

فإن قال قائل: تخيير النبي صلىٰ الله عليه وسلم نساءه لم يكن في الطلاق، وإنما كان بين الدنيا والآخرة[٣].

قيل له: هذا خطأ، من قِبَل أنَّ عائشة سئلت عن الرجل يخيِّر امرأته؟ فقالت: «خيَّرنا رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم، فاخترناه، فلم يَعُدَّه طلاقاً»، فأخبرت أنَّ تخيير النبي صلىٰ الله عليه وسلم كان في الطلاق.

وأيضاً: فإن تخييره إياهنَّ بين الدنيا والآخرة، كان تخييراً في الطلاق، لقول الله تعالىٰ: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَٰجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ ٱلْحَيَوٰةَ ٱلدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ ﴾[٤].

فأخبر أنَّ مَن اختارت الدنيا منهن، فقد اختارت الفِراق.

* ولو يوجب أصحابنا به أكثر من واحدة، لِمَا ثبت أنَّ التخيير ليس من ألفاظ الطلاق، وأن وقوع الطلاق به من طريق الحكم، تشبيه بسائر الخيارات الحادثة في الأصول، فدل علىٰ أنَّ ما كان فيه خيار لا يكون أكثر

---

(١) انظر سنن الترمذي ٣/٤٨٤، فتح الباري ٩/٣٦٨.

(٢) انظر صحيح مسلم بشرح النووي ١٠/٧٩.

(٣) انظر أحكام القرآن للقرطبي: ١٤/١٧٠.

(٤) الأحزاب: ٢٨.

من واحدة[١].

فإن قال قائل: قوله: أَمْرُكِ بيدك: ليس من ألفاظ الطلاق؛ لأنه لو أراد به الإيقاع قبل اختيارها نفسها، لم يقع، فوجب علىٰ قضيتك أن لا يقع به أكثر من واحدة.

قيل له: ليس كذلك، من قِبَل أن قوله: أَمْرُكِ بيدك: كناية عن الطلاق، كقوله: طلاقك بيدك، والخيار ليس كذلك.

وإنما لم يقع به طلاق إذا قال: أمرك بيدك؛ لأنه لم يُوقِع شيئاً، وإنما ملَّكها أمرها، ألا ترىٰ أنه لو قال: طلاقك بيدك: لم يقع به شيء؛ لأنه لم يوقعه، وإنما ملَّكها الطلاق.

ولو أنه قال: قد أوقعتُ أمرَك، وأراد الطلاق: طلقت بذلك؛ لأنه من ألفاظ الإيقاع، ولو قال: قد أوقعت خيارَك: لم يقع به شيء، فعُلِمَ أنه ليس من ألفاظ الطلاق.

فصل:

وإنما قلنا إن الذي يقع بالخيار بائن[٢] ليس برجعي، من قِبَل أنَّ سائر الخيارات الحادثة في الأصول مما يوجب الطلاق، فإنه يوجبه بائناً، وهذا شبيه بها.

وأيضاً: فلو كان رجعياً، لم يكن للخيار معنىٰ؛ لأن التخيير إنما وقع في أن تَملك نفسها به، والطلاق الرجعي لا تَملك به نفسها.

---

(١) المبسوط ٦/ ٢١٠-٢١٢، العناية مع شرح فتح القدير ٤/ ٨٩.

(٢) شرح فتح القدير ٤/ ٧٩.

مسألة : [ألفاظٌ لا يقع الطلاق بها]

قال أبو جعفر : (ومَن قال لامرأته: بارك الله فيك، أو: أطعميني، أو: اسقيني، ونوىٰ به الطلاق: لم يقع)[١].

لأن الطلاق لا يقع بالنية دون اللفظ، وليس هذا القول من ألفاظ الطلاق، لا صريحاً ولا كناية.

وروي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «إن الله تجاوز لأمتي عمَّا حدَّثت به أنفُسها ما لم يتكلموا به أو يعملوا به»[٢].

مسألة : [خيار المرأة في الطلاق]

(ومَن قال لامرأته: طلِّقي نفسك، أو قال: طلِّقي نفسَك إن شئت: فهو سواء، وذلك علىٰ[٣] المجلس، وليس للزوج أن يرجع فيه).

وذلك لما بيَّنَّا من أنَّ ذلك تمليك الطلاق علىٰ الوجهين، فتعلَّق علىٰ المجلس.

وإنما لم يكن للزوج الرجوع فيه؛ لأنه بمنزلة الطلاق المعلَّق بشرط، لأن ما كان تمليكاً، فإن وقوع الطلاق به متعلق بالمشيئة في المجلس، فصار كقوله: أنتِ طالق إن شئتِ، فلا يكون له الرجوع فيه، كما لو قال: أنتِ طالق إن دخلتِ الدار، لم يكن له الرجوع فيه، كذلك كل ما كان

---

(١) مختصر الطحاوي ص١٩٦.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) أي يتعلق ذلك بالمجلس.

تمليكاً علىٰ المشيئة[١].

مسألة : [التوكيل في الطلاق]

قال : (ولو قال لأجنبي: طلِّق امرأتي: كان له أن يطلقها في المجلس وبعده ما لم ينهه، فإن نهاه قبل أن يطلق: لم يكن له أن يطلق)[٢].

وذلك لأن هذه وكالة، والوكالة لاتتعلق بالمجلس، كالوكالة بالبيع، والعتق، ونحوهما، وله أن ينهاه؛ لأن له عَزْل الوكيل متىٰ شاء[٣].

مسألة : [خيار المجلس في التوكيل]

قال أبو جعفر[٤]: (ولو قال لأجنبي: طلِّق امرأتي إن شئتَ: كان ذلك علىٰ المجلس، وليس له أن ينهاه)[٥].

لأن ذكر المشيئة دلالة التمليك، وجواب التمليك يتعلق بالمجلس، كخيار القبول في البيع، ونحوه علىٰ ما بيَّنَّا فيما تقدم[٦].

ولا يصح نهيه عنه؛ لأن ما كان تمليكاً للطلاق، لا يصح فيه النهي[٧]، كالرجل يقول لامرأته: أنت طالق بألف درهم، فيتعلق قبولها

---

(١) انظر شرح فتح القدير ٤/٧٨.

(٢) انظر شرح فتح القدير ٤/٩٩.

(٣) انظر تكملة شرح فتح القدير ٨/١٣٧.

(٤) مختصر الطحاوي ص١٩٦.

(٥) انظر فتح القدير ٤/٩٩.

(٦) انظر من هذا الكتاب أول مسألةٍ في كتاب البيوع (خيار المجلس).

(٧) وفي (ق.ج): «الرجوع فيه».

علىٰ المجلس، وليس للزوج الرجوع فيه قبل قبولها[١].

وكقوله: هي طالق إن شئت في المجلس، وإن تكلمت في المجلس ونحوه من الكلام، وكذلك: هي مخيَّرة.

فالتمليك يخالف التوكيل من وجهين:

أحدهما: أنَّ التمليك يتعلق بالمجلس، والوكالة[٢] ليس كذلك.

والثاني: أنه لا يصح له الرجوع في التمليك، ويصح في الوكالة قبل الإيقاع.

مسألة: [حكم اختيار نفسها]

(ومَن قال لامرأته: اختاري، فقالت: أنا أختار نفسي: كانت طالقاً)[٣].

وذلك لأن قولها: أنا أختار نفسي، يصلح للحال وللاستقبال، والدليل علىٰ ذلك:

قولك: أنا أعتقد الإسلام، معناه أنا معتقد له.

وقال الله تعالىٰ: ﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ يُؤْمِنُونَ بِمَآ أُنزِلَ إِلَيْكَ﴾[٤]، والمعنىٰ أنهم مؤمنون به.

وأما احتماله للاستقبال، فهو كقولك: أنا أدخل الدار، وأنا أصلي،

(١) انظر شرح فتح القدير ٤/٢٢٧-٢٢٨.

(٢) وفي (ق.ج): «التوكيل».

(٣) انظر شرح فتح القدير ٤/٧٩.

(٤) النساء: ١٦٢.

ونحو ذلك، فلما احتمل اللفظ الأمرين جميعاً، كان قول الزوج مقتضياً منها جواباً في الحال، والاختيار لا يثبت حكمه إلا علىٰ وجه الجواب، فحملنا لفظه علىٰ الجواب، ليصح معناه، ونوفِّيَه حظَّه من مقتضىٰ الحال، فلذلك أوقعنا به الطلاق.

مسألة : [لو قال : طلِّقي نفسك]

قال أبو جعفر[1]: (ولو قال لها: طلقي نفسك، فقالت: أنا أطلق نفسي: لم تكن طالقاً)[2].

وذلك لأن قولها: أنا أطلق نفسي: مما يثبت حكمه علىٰ غير وجه الجواب؛ لأن لفظ الطلاق، وحكمَه قائم بنفسه، لا يفتقر في صحة حكمه إلىٰ كونه جواباً، ألا ترىٰ أنها إذا قالت: قد طلقتُ نفسي مبتدئة: صحَّ حكمه، ووقف علىٰ إجازة الزوج، ولو قال لها الزوج: قد طلَّقتُك: وقع به الطلاق.

فلما كان لفظ الطلاق مما يثبت به حكمه بنفسه علىٰ غير وجه الجواب، لم نجعله جواباً لاحتمال قولها: أنا أطلق نفسي، فلذلك لم يقع شيء.

مسألة : [وَصْف الطلاق بصيغة المصدر]

(وإذا قال لامرأته: أنتِ طالق طلاقاً: فإن نوىٰ واحدة فهي واحدة، يملك الرجعة، وإن نوىٰ ثلاثاً فثلاث، وإن نوىٰ ثنتين فواحدة، يملك

---

(١) مختصر الطحاوي ص١٩٧.

(٢) انظر البناية شرح الهداية ٤/٤٩٤، وفي (ق.ج): «طلاقاً».

الرجعة)[١].

وذلك لأن قوله: طلاقاً: مصدر، والمصدر لا يختص بعدد دون عدد، ولا يصلح للواحد والجماعة، فهو في هذا الوجه يشبه لفظ الجنس.

والدليل علىٰ أنَّ المصدر لا يختص بعدد: قولُ الله تعالىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ ٱذۡكُرُوا۟ ٱللَّهَ ذِكۡرٗا كَثِيرٗا﴾[٢]، فوَصَفَ الذكر بالكثرة، وهو مصدر، وإذا كان كذلك، صلح للواحد ولجميع عدد الطلاق.

فإذا نوىٰ واحدة: كانت واحدة، بمنزلة قوله: أنت طالق تطليقة.

وإن نوىٰ ثلاثاً: فثلاث؛ لأنه أراد جميع أعداد الطلاق.

فإذا نوىٰ اثنتين: فهي واحدة، من قِبَل أنه ليس في اللفظ عدد بعينه، وإنما فيه جملة عدد الطلاق أو أدناه، فأما عدد بعينه فليس يقتضيه اللفظ، فإذا لم ينو جملة الطلاق: كانت واحدة؛ لأن اللفظ محتمل لجماعة عدد الطلاق، وللواحدة، ولا يلزم به إلا واحدة؛ لأنها متيقَّنة، ولا نصرفه إلىٰ الجماعة إلا بالنية، لأن النبي صلىٰ الله عليه وسلم لم يجعل ألبتة ثلاثاً إلا بالنية في قصة يزيد بن ركانة[٣].

وكذلك قوله: أنت طالق الطلاق، وهو بهذه المنزلة؛ لأن قوله: الطلاق: اسم للجنس، والجنس لا يختص بعدد دون عدد، إنما يتناول

---

(١) انظر شرح فتح القدير ٤/١٠.

(٢) الأحزاب: ٤١.

(٣) سبق تخريجه.

جميع ما يشتمل عليه الجنس أو علىٰ الواحد منه، كقوله: ﴿لَقَدْ خَلَقْنَا ٱلْإِنسَٰنَ﴾[1]، وقوله: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ﴾[2]، ونحوهما من ألفاظ الأجناس، وقد بينا ذلك في الجامع الكبير[3] عند قوله: إن تزوجت النساء.

مسألة: [لو قال لها: أنت الطلاق]

قال أبو جعفر: (ولو قال لها: أنتِ الطلاق: كان كذلك أيضاً)[4].

لأنه قد يعبَّر عن المفعول بالفعل، وعن الموصوف بالصفة، فيقام أحدهما مقام الآخر، كقول الشاعر:

«خَيْلٌ صيام وخَيْلٌ غير صائمة»[5].

والصيام: فعل هو مصدر، كقولك: صمت صياماً.

وكما قال الآخر:

ترتع ما رتعت حتىٰ إذا ذكرت فإنما هي إقبال وإدبار[6]

(١) التين: ٤.

(٢) المائدة: ٣٨.

(٣) والمراد به شرح الجامع الكبير للمؤلف الجصاص، وهو مخطوط، كما تقدم في ترجمته.

(٤) الهداية مع شرح فتح القدير ٤/١٠.

(٥) انظر لسان العرب ٢/٣٥١. مادة (صوم) وهو شعر للنابغة الذبياني:

خيل صيام وخيل غير صائمة تحت العجاج وأخرىٰ تعلك اللجما

(٦) انظر أنيس الجلساء في شرح ديوان الخنساء ص٧٨، لسان العرب ١١/٥٣٨

=

يعني مقبلة ومدبرة، وهو مشهور في اللغة.

وأيضاً: يجوز أن يكون قوله: أنتِ الطلاق، معناه: أنتِ طالقٌ الطلاق، فيكون قوله: أنتِ طالق، مضمِراً فيه، لدلالة اللفظ عليه.

مسألة: [لو قال لها: أنتِ طلاق]

قال أبو جعفر: (ولو قال: أنتِ طلاقٌ: لم يكن أكثر من واحدة)[1].

وفَرْقٌ بينه وبين قوله: أنت الطلاق.

قال أبو بكر: وهذا الذي ذكره أبو جعفر من الفَرْق بينهما، لا نعرفه إلا علىٰ روايةٍ رواها بشر بن الوليد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة في قوله: أنتِ طالق طلاقاً: أنه لا يكون إلا واحدة وإن نوىٰ أكثر منها[2].

وأما علىٰ الرواية المشهورة في التسوية بين قوله: أنت طالق الطلاق، وأنت طالق طلاقاً، فإنه لا يَبِيْن وجه الفرق بين قوله: أنت طلاق، وبين قوله: أنت الطلاق[3].

وحُكي لنا أنَّ الكِسَائي[4] سأل محمدَ بن الحسن عن قول الشاعر:

مادة (قبل).

(١) الهداية مع شرح فتح القدير ٤/١١.

(٢) انظر المبسوط ٦/٧٧، شرح فتح القدير ٤/١٢.

(٣) انظر المبسوط ٦/٧٧، تبيين الحقائق ٢/١٩٨، شرح فتح القدير ٤/١٢.

(٤) الكسائي، الإمام، شيخ القراءة والعربية، أبو الحسن علي بن حمزة بن عبد الله الأسدي، مولاهم الكوفي، استوطن بغداد، وتوفي بالري سنة ١٨٩. انظر تاريخ بغداد ١١/٤١٣، سير أعلام النبلاء ٩/١٣١.

فإن تَرْفُقي يا هندُ فالرِّفقُ أيمن وإن تَخْرقي يا هند فالخَرَقُ أشأم[١]

فأنتِ طلاق والطلاق عزيمة ثلاثٌ، ومَن يَخْرَق أعقُّ وأظلم

قال: فقال محمد: إن قال: والطلاقُ عزيمة ثلاث: طلقت واحدة بقوله: أنتِ طالق، وصار قوله: والطلاقُ عزيمةٌ ثلاثٌ: ابتداءٌ وخبرٌ غيرُ متعلِّق بالأول، وإن قال: والطلاقُ عزيمةٌ ثلاثاً: طلقت ثلاثاً، كأنه قال: فأنتِ طالق ثلاثاً، والطلاق عزيمة؛ لأن: «ثلاثاً»: في هذه الحال تفسير المُوْقَع، فاستحسن الكسائي جوابَه.

مسألة: [تفويض الطلاق للزوجة بصيغة الأمر]

قال: (وإذا قال لامرأته: طلِّقي نفسَكِ، ينوي ثلاثاً، فطلَّقت نفسها: كانت طلاقاً ثلاثاً)[٢].

وذلك لأن هذا أَمرٌ، والأَمْر لا يختص بعددٍ دون عدد، ألا ترىٰ أَمْر الله إيانا بالصلاة، والصيام، وسائر الفروض لم يختص بعددٍ محصور، وجاز أن يريد به العدد الكثير، فصلح من أجل ذلك أن ينويَ بقوله: «طلِّقي نفسك»: ثلاثاً.

مسألة: [قال: طلِّقي نفسك، فقالت: أبنتُ نفسي]

(وإذا قال لامرأته: طلِّقي نفسك، فقالت: قد أَبَنْتُ نفسي: كانت طالقاً)[٣].

---

(١) انظر المبسوط ٦/٧، تبيين الحقائق ٢/١٩٨، تاريخ بغداد ١١/٤١٣.

(٢) انظر تبيين الحقائق ٢/٢٢٥، شرح فتح القدير ٤/٩٧.

(٣) تبيين الحقائق ٢/٢٢٥، شرح فتح القدير ٤/٩٧.

وذلك لأن البينونة تصح أن تكون طلاقاً؛ لأنه لو قال لها: قد أبنتُك، ينوي الطلاق: طلقت، فجاز من أجل ذلك أن يكون قولها: قد أبنتُ نفسي: جواباً في إيقاع ما جعل إليها من الطلاق.

* (ولو قالت: قد اخترتُ نفسي: لم يقع شيء).

لأن الاختيار ليس من ألفاظ الطلاق[١].

ألا ترىٰ أنه لا يصح من الزوج إيقاع الطلاق بلفظ الخيار علىٰ ما بيَّنَّا فيما سلف، ألا ترىٰ أنه لو قال لها: قد خيَّرتُك ونوىٰ الإيقاع: لم يقع حتىٰ تختار نفسها[٢].

مسألة: [تكرار لفظ الطلاق بلفظ الواو]

(ولو قال لامرأته: أنتِ طالقٌ، وطالقٌ، وطالقٌ، ولم يدخل بها: وقعت الأُولىٰ، ولم تقع غيرها)[٣].

من قِبَل أنها قد بانت بالأُولىٰ قبل ذكر الثانية، فصادفتها الثانية وهي أجنبية، فلم تقع.

وهذا هو عندنا معنىٰ ما روي عن ابن عباس «أنَّ طلاق الثلاث للتي لم يدخل بها: كان علىٰ عهد رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم، وأبي بكر، وصدراً من إمارة عمر: واحدة»[٤].

---

(١) المراجع السابقة.

(٢) انظر الهداية مع شرح فتح القدير ٤/٧٦.

(٣) شرح فتح القدير ٤/٥٥.

(٤) سبق تخريجه.

فإن قيل: هل وقفتَ حكم الكلام علىٰ آخره، كما لو قال: أنت طالق ثلاثاً.

قيل له: لأن قوله: ثلاثاً: ليس بكلام مستقل، وإنما هو تفسير للَّفظ الأول، كقوله: أنت طالق بائن ونحوه، فوقف الكلام عليه.

وقوله: «أنتِ طالق، وطالق، وطالق»: الطلاق الثاني ليس بتفسير للأول، ولا هو مجموع إلىٰ الأول في سببٍ يجمعهما، فكان كلاماً مستقلاً غير متعلق بالأول، فلم يقف أولِ الكلام عليه.

مسألة : [تعليق الطلاق الثلاث بدخول الدار]

قال أبو جعفر : (ولو قال: أنت طالق، وطالق، وطالق إن دخلتِ الدار، فدخلت الدار: طلقت ثلاثاً وإن لم يكن مدخولاً بها)[١].

وذلك لأن الواو للجمع، وقد ذكر في آخر الكلام ما يوجب تعلق الجميع مجموعاً[٢] به، وهو الشرط، فصار كقوله: أنت طالق ثلاثاً إن دخلت الدار، ولم تكن الواو للاستقبال في هذا الموضع، لما دلَّ عليه بآخر الكلام.

مسألة :

قال : (ولو قال لها: إنْ دخلتِ الدار فأنت طالق، وطالق، وطالق، ولم يدخل بها، ثم دخلت الدار: طلقت واحدة بالدخول، ولا يقع ما

(١) انظر شرح فتح القدير ٤/٥٥.

(٢) «مجموعاً»: ساقط من الأصل، والمثبت من (ق.ج).

بعدها في قول أبي حنيفة)[١].

لأنه يصير عند الدخول كالمتكلم بالجواب في ذلك الوقت، فتقع الأولىٰ، وتَبِيْن بها، ولم يقع ما بعدها.

(وفي قول أبي يوسف ومحمد يقع ثلاثاً)[٢].

لأن الجميع متعلق بالدخول، والدخول شَرْط في وقوعهن، فصارت الثلاث مجموعة معلقة بالدخول.

قال أبو بكر: قد قالوا جميعاً: إنه لو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم طالق، ثم طالق: أنها إذا دخلت الدار وقعت الأولىٰ قبل الثانية وإن كان الجميع معلقاً بالدخول، وجعلوه كأنها دخلت، ثم قال الزوج ذلك، وهذا يشهد لأبي حنيفة عليهما[٣].

* **قال أبو جعفر**: (والفاء مثل الواو في جميع ذلك)[٤].

وذلك لأن: «الفاء»: تقتضي الجمع، وهي كالواو من هذا الوجه وإن كانتا تختلفان من وجه آخر.

مسألة: [استعمال لفظ: «ثم»: في الطلاق]

قال: (ولو قال: أنتِ طالق، ثم طالق، ثم طالق إن دخلتِ الدار،

---

(١) المبسوط ١٢٧/٦.

(٢) انظر المصدر السابق.

(٣) المبسوط ١٢٩/٦.

(٤) المصدر السابق.

وهي غير مدخول بها: فإنه تقع الأُولىٰ، وتَبِين في الحال[1]، ويبطل ما بعدها في قول أبي حنيفة).

لأن: «ثم»: لما كانت للتراخي، فَصَلت بين الأُولىٰ والشرط، فوقعت في الحال، لأنه كالبادئ بإيقاعها.

قال أبو بكر: وفي قول أبي يوسف ومحمد تتعلق الثلاث بالدخول، إلا أنها إذا دخلت: وقعت الأُولىٰ وبانت، ولم تقع الثانية والثالثة.

فإن كانت مدخولاً بها: وقعت الثلاث واحدة بعد أخرىٰ عندهما.

وجه قول أبي حنيفة: أنَّ: «ثم»: للتراخي، وليست للجمع، فتقع الأُولىٰ وتَبِيْن، ويبطل ما بقي.

وجعلها أبو يوسف ومحمد للجمع، فتعلق الجميع بالدخول، إلا أنها وقعت علىٰ الترتيب.

مسألة: [تعليق الطلاق بالشرط]

قال أبو جعفر: (ولو قال لها: إن دخلتِ الدار فأنت طالق، ثم طالق، ثم طالق: وقعت الثانية عند القول، وبانت، وبطلت الثالثة، ولا تقع أبداً، والأولىٰ معلَّقة بالدخول)[2].

وذلك لأن الأُولىٰ معلقة[3] بالدخول، فلا تقع أو يوجد شرطها، والثانية مقطوعة عن الأُولىٰ: فتقع في الحال؛ لأنه طلاق مبتدأ، والثالثة

---

(١) «في الحال»: ساقط من (ق.ج).

(٢) انظر المبسوط ١٢٩/٦.

(٣) وفي الأصل: «متعلقة»، والمثبت من (ق.ج).

صادفتها وهي أجنبية، فلم تعمل.

وفي قولهما: يتعلق الجميع بالدخول علىٰ وجه الترتيب، كأنه قال: إن دخلت الدار فأنت طالق تطليقة، وبعدها أخرىٰ، وبعدها أخرىٰ[1].

مسألة: [اقتران الطلاق بلفظ بعد]

قال أبو جعفر[2]: (وإذا قال لها ولم يدخل بها: أنت طالق واحدة بعدها واحدة: وقعت الأُولىٰ وحدها)[3].

وذلك لأن المذكور أوَّلاً هو الموقَع أوَّلاً، ألا ترىٰ أنه لو قال: لقيت زيداً بعد عَمْروٌ: أنَّ زيداً هو المرئيُّ أوَّلاً.

مسألة:

قال أبو جعفر: (ولو قال: أنتِ طالق واحدة قبل واحدة: وقعت واحدة).

للعلة التي ذكرناها، ألا ترىٰ أنه لو قال: رأيت زيداً قبل عمرٍو: أنَّ زيداً هو المرئيُّ أوَّلاً.

مسألة:

قال: (ولو قال: أنتِ طالق واحدة قَبْلها واحدة: طلقت ثنتين).

من قِبَل أن المذكور أوَّلاً هو المُوقَع آخراً، فيقع معه، ولا يقع قبله؛

---

(١) انظر شرح فتح القدير ٤/٥٩.

(٢) مختصر الطحاوي ص١٩٨.

(٣) انظر شرح فتح القدير ٤/٥٧.

لأنه لو قال: أنت طالق أمس، وقد تزوجها قبل أمس: طلقت الساعة، ولم تقع في الوقت الماضي[١]، ألا ترىٰ أنه لو قال: رأيت زيداً قبله عمرو: أنَّ زيداً المذكور أوَّلاً هو المرئيُّ آخراً.

مسألة :

قال : (ولو قال: أنتِ طالق واحدة مع واحدة: طلقت اثنتين)[٢].

لأن: «مع»: للمقارنة، حتىٰ يقوم الدليل علىٰ غيرها، كقوله: لقيت زيداً مع عمرو، وكذلك قوله: أنتِ طالق واحدة معها واحدة.

مسألة : [تعليق الطلاق بالموت]

قال : (ولو قال: أنتِ طالق مع موتي أو موتك: لم يقع شيء)[٣].

لأن: «مع»: في هذا الموضع للتعقيب، لدخولها علىٰ الشرط، وهي وإن كانت في الحقيقة للمقارنة، فإنها تدخل في الكلام، ويراد بها التعقيب.

والدليل عليه: قول الله تعالىٰ: ﴿إِنَّ مَعَ ٱلْعُسْرِ يُسْرًا﴾[٤]، ومعلوم أنهما لا يكونان معاً، وإنما يكون أحدهما عقيب الآخر، فإذا دخلت علىٰ الشرط، كانت بمعنىٰ: بعد، لدلالة اللفظ عليه، وذلك أنَّ حكم الشرط أن يتقدم، فيكون الجواب بعده؛ لأنه جعله سبباً لوقوع الجواب، وحُكْم السبب أن

---

(١) المرجع السابق ٤/ ٣٠.

(٢) انظر شرح فتح القدير ٤/ ٤٢، ٥٧.

(٣) انظر تبيين الحقائق ٢/ ٢٠٩.

(٤) الشرح: ٦.

يتقدم المسبَّب.

وإذا صح ذلك، صار قوله: أنتِ طالق مع موتي: بمنزلة قوله: أنت طالق بعد موتي.

وكقوله: أنت طالق مع دخولك الدار، معناه: بعد دخولك الدار.

مسألة : [تعليق الطلاق بشرط مستقبل]

قال : (وإذا علَّق طلاقَها بشرطٍ مستقبل، سواء مما قد يكون، أو لا يكون: فإنه لا يقع شيء حتىٰ يوجد الشرط، وليس عليه أن يعتزل امرأته).

وذلك لأنه علَّق الطلاق بالشرط، ولم يوقِعْه في الحال، فلا يجوز إيقاعه دون وجود الشرط، كما لو قال: أنتِ طالق غداً: لم يقع في الحال[1].

وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾[2]، وهذا عقد.

وقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «المسلمون عند شروطهم»[3].

مسألة : [تعليق الطلاق علىٰ الغَد]

قال : (وإذا قال لامرأته: أنت طالق في غد: طلقت إذا طلع الفجر من

---

(١) انظر شرح فتح القدير ٤/٢٦.

(٢) المائدة: ١.

(٣) أخرجه البخاري ٣/٥٢.

غَدٍ)[١].

وذلك لأن: «في»: ظرف يجعل غداً ظرفاً، لوقوع الطلاق فيه، فإذا وُجِد أولُ جزءٍ منه: وقع، لوجود ما يقتضيه اللفظ.

قال: (فإن قال: عَنَيتُ آخر النهار: دِيْنَ في القضاء في قول أبي حنيفة)[٢].

وذلك لأن لفظه مطابق لنيته، إذ كان وقوعه في آخر النهار، لا يُخرج الوقت من أن يكون ظرفاً.

وليس هذا بمنزلة قوله: أنت طالق غداً؛ لأن هذا يقتضي أن تكون موصوفة بالطلاق في سائر أجزاء غد، لأن: «غداً»: اسم لجميع اليوم، وأما قوله: «في غد»: فليس يقتضي ذلك، ألا ترىٰ أنه لو قال: صمتُ شعبان: كان المعقول منه صوم جميعه، ولو قال: صمت في شعبان: لم يعقل منه صوم جميع الشهر[٣].

مسألة: [تعليق الطلاق بمشيئة الله]

قال أبو جعفر: (ومن قال لامرأته: أنت طالق إن شاء الله: لم يقع به شيء)[٤].

---

(١) انظر شرح فتح القدير ٤/٢٦.

(٢) وقال أبو يوسف، ومحمد رضي الله عنهما: دين فيما بينه وبين الله عز وجل، ولم يدن في القضاء. انظر مختصر الطحاوي ص١٩٩، المبسوط ٦/١١٥، شرح فتح القدير ٤/٢٨.

(٣) المرجع السابق.

(٤) انظر شرح فتح القدير ٤/١٣٦.

وذلك لما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «مَن حَلَف علىٰ يمين فقال: إن شاء الله، فقد استثنىٰ»[١].

وفي بعض الأخبار: «فلا حِنْثَ عليه»[٢]، وقد بيَّنَّا وَجْهَ ذلك فيما تقدم[٣].

مسألة: [تنصيف الطلاق]

قال: (وإذا قال: أنتِ طالق نصفَ تطليقة: طلقت واحدة)[٤].

وذلك لأن النصف يثبت حكمه في الأصول، كقولك: بعتُك نصفَ هذا العبد، وأوصيتُ له بنصفه، فوجب أن يثبت النصف المذكور من التطليقة، ثم لما استحال وقوع النصف دون الباقي، وَقَعَ الجميع.

ويُحتج فيه أيضاً بعموم قوله تعالىٰ: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾[٥]، ولم يذكر نصفَها الله تعالىٰ ولا غيره، فعمومه يقتضي وقوعَ الجميع.

وكذلك قوله: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[٦]، وسائر الآي الواردة في أحكام الطلاق.

---

(١) أخرجه أبو داود: ٣/٢٢٥ ـ ح٣٢٥٩، والترمذي ٤/١٠٨، وقال: حديث حسن، وينظر نصب الراية ٣/٢٣٤.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) وفي (ق.ج): «مواضع».

(٤) انظر الهداية مع شرح فتح القدير ٤/١٦.

(٥) البقرة: ٢٢٩.

(٦) الطلاق: ١.

مسألة : [لو قال : أنت طالق ثلاثة أنصافِ تطليقتين]

قال : (وإذا قال: أنتِ طالق ثلاثةَ أنصافِ تطليقتين: طلقت ثلاثاً)[١].

لأن نصف التطليقتين واحدة، فصار كقوله: أنت طالق ثلاثاً[٢].

مسألة : [لو قال : أنت طالق قبل أن أتزوَّجك]

قال أبو جعفر : (ومن قال لامرأته: أنت طالق قبل أن أتزوجك: لم يقع شيء)[٣].

لقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «لا طلاق قبل النكاح»[٤].

* (وكذلك إذا قال: أنت طالق أمس، وإنما تزوجها اليوم)[٥].

من قِبَل أنَّ الوقت المضاف إليه الطلاق، لمَّا لم يصح وقوع الطلاق فيه، لم يكن مطلِّقاً.

* **قال :** (ولو كان تزوجها أول من أمس: وقع الطلاق الساعة)[٦].

وذلك لأن الوقت المضاف إليه الطلاق، لمَّا كان مما يصح أن يكون

---

(١) انظر الهداية مع شرح فتح القدير ٤/١٦.

(٢) المرجع السابق.

(٣) انظر المبسوط ٦/٩٨.

(٤) أخرجه ابن ماجه في سننه ١/٣٧٨ ـ ح٢٠٥٩، وفي الزوائد: إسناده ضعيف، وله شواهد أخرىٰ يصح بها. انظر شرح السنة للبغوي ٩/١٩٨، نصب الراية ٣/٢٣١.

(٥) الهداية مع شرح فتح القدير ٤/٢٩.

(٦) المصدر السابق ٤/٣٠.

مطلِّقاً فيه، فتكون طالقاً في الحال بطلاقٍ موقَع في ذلك الوقت، فتضمن هذا القول منه إيقاعاً في الحال.

مسألة : [إضافة الطلاق إلىٰ الأعضاء]

قال : (ومن قال لزوجته: رأسُك طالق: طلقت)[١].

قال أبو بكر : هذه المسائل علىٰ ثلاثة أنحاء:

أحدها : إيقاع الطلاق بذِكْر عضو يُعبَّر في العادة به عن سائر البدن: وَقَعَ به الطلاق، نحو قوله: رأسك طالق، أو: فَرْجُك، أو: رقبتك، أو: وجهك.

وذلك لأن الرأس يعبَّر به عن جميع البدن، كقولك: عندي كذا وكذا رأساً من الرقيق، وعندي كذا وكذا فَرْجاً.

وقال الله تعالىٰ: ﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ﴾[٢]، وأراد الشخص.

وقال تعالىٰ: ﴿كُلُّ شَيۡءٍ هَالِكٌ إِلَّا وَجۡهَهُۥ﴾[٣]، وأراد ذاته.

فما كان بهذا الوصف من الألفاظ فهو بمنزلة قوله: أنت طالق.

والثاني : ما كان عبارة عن جزء شائع في جميع البدن، مثل النصف، والربع: فيقع به الطلاق، وذلك لأن الجزء الشائع في الجميع يثبت حكمه

---

(١) انظر المبسوط ٨٩/٦، بدائع الصنائع ١٨٨٨/٤، وانظر تفصيل المسألة في المذاهب الأربعة كتاب: الفقه الإسلامي وأدلته ٣٧١/٧.

(٢) المجادلة: ٣.

(٣) القصص: ٨٨.

في الأصول، فوقع به الطلاق، ووقوعه في البعض، يقتضي وقوعه في الكل.

والثالث: أن يذكر عضواً بعينه لا يُعبَّر به عن جميع البدن، مثل اليد، والرِّجل، والشعر: فلا يقع به شيء[١].

لأن هذه الأعضاء لا يثبت حكمها في الأصول إلا علىٰ الوجه التَّبَع[٢]، فلا يجوز إيقاع الطلاق فيه، ثم إلحاق الأصل به، لأنا لو فعلنا ذلك كنا قد أثبتنا حكمه لا علىٰ وجه التبع، وهذا لا يجوز.

ألا ترىٰ أنه ليس شيء من العقود يحتمل من الجهالة ما تحتمله الوصايا.

ولا يصح مع ذلك في عضو بعينه من أعضاء الإنسان، فثبت أنه لا يتعلق به حكم في الأصول، فلم يتعلق به حكم فيما وصفنا.

قال أبو بكر: وقال زفر[٣]: يقع الطلاق في قوله: يدك أو: رِجْلك طالق؛ لأن الطلاق في هذه الأعضاء لا يصح إلا بطلاق الأصل، فصار مُوْقِعاً للطلاق في الأصل.

قال أبو بكر: وهذا غير واجب؛ لأن الطلاق ينبغي أن يثبت في المُوْقَع فيه، ثم يتبعه غيره، فأما أن يوقعه في الأصل الذي ليس بمذكور، ويتبعه المذكور، فهذا ضد مقتضىٰ اللفظ.

---

(١) انظر المبسوط ٦/٨٩.

(٢) وفي (ق.ج): «المنع».

(٣) المبسوط ٦/٨٩.

مسألة : [الشك في الطلاق]

قال : (ومَن شك في طلاق امرأته: فهي امرأته حتىٰ يتيقن)[(١)].

وذلك لأن أصل النكاح يقين، فلا يزول بالشك، ألا ترىٰ أنَّ مَن كان علىٰ يقين من الطهارة لم تَزُل طهارته بالشك، وكذلك مَن كان حدثه يقيناً: لم يرتفع إلا بيقين.

مسألة : [قال لامرأتيه : إحداكما طالق]

قال : (ومَن قال لامرأتيه: إحداكما طالق ثلاثاً، ولم ينو واحدة بعينها: فإنه قد طلقت إحداهما بغير عَيْنها، ويؤخذ بإيقاعها علىٰ إحداهما بعينها)[(٢)].

وذلك لأن جهالة المطلَّقة لا يمنع صحة الإيقاع، كما أنَّ جهالة القَفِيز المبيعِ من هذه الصبرة لا يمنع صحة البيع، ويكون الزوج مخيَّراً في تعيينه في أيتهما شاء، كما أنه لو باع قفيزاً من صبرة كان عليه تعيين قفيزٍ منها من أيِّ جوانبها شاء.

ويدل عليه حديث الضحاك بن فيروز الديلمي عن أبيه «أنه أسلم وتحته أختان، فقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: طلِّق أيتَهما شئتَ»[(٣)].

فلما لم يكن بدٌّ من فراق إحداهما: جُعِلَ الخيار إليه فيهما.

---

(١) بدائع الصنائع ١٢٦/٣، المغني والشرح الكبير ٤٢٢/٨.

(٢) انظر حاشية ابن عابدين ٢٩١/٣.

(٣) سنن الترمذي ٤٣٦/٣، وقال: هذا حديث حسن، وسنن أبي داود ٢٧٢/٢- ح٢٢٤٣، وابن ماجه ٣٥٨/١، وتقدم في النكاح.

مسألة :

قال أبو جعفر[١] : (فإن مات الزوج قبل أن يبيِّن، وهما غير مدخول بهما: فلهما جميعاً الصداق، ونُصِّف بينهما نصفين، والميراث بينهما نصفين)[٢].

وذلك لأن إحداهما قد طلقت، وسقط نصف مهرها، ولا نعرفها بعينها، فيدخل ضرره عليهما[٣]، فيكون المهر والنصف بينهما نصفين، لتساويهما فيه.

وكذلك الميراث بينهما؛ لأن إحداهما امرأتُه مستحقَّة للميراث، والأخرىٰ أجنبية لا شيء لها، فلمَّا لم تُعرف بعينها: تساويا جميعاً في دعوىٰ الميراث، فكان بينهما.

مسألة : [تشبيه الطلاق بالجبل]

قال : (وإذا قال لها: أنت طالق مثل الجَبَل: طلقت تطليقة بائنة في قول أبي حنيفة)[٤].

لأن تشبيهه إياها بالجبل يقتضي أن يكون المراد في عِظَم الجبل.

ولم يختلفوا أنه لو قال: أنت طالق مثل عِظَم الجبل: أنها بائن.

(وقال أبو يوسف ومحمد في قوله: أنت طالق مثل الجبل: أنه

(١) مختصر الطحاوي ص٢٠٠.

(٢) انظر المبسوط ٦/١٢٣.

(٣) وفي الأصل: «عليها»، والمثبت من (ق،ج).

(٤) المرجع السابق ٦/١٢٥.

رجعي)[١].

إذ ليس في اللفظ ما يقتضي البينونة.

مسألة : [الطلاق بملء الكون]

قال : (ولو قال: أنت طالق ملء هذا الكون: فهي تطليقة بائنة في قول أبي حنيفة)[٢].

لأنه قد وَصَفَ الطلاق بضَرْب من العِظَم، وإذا وصفه بضرب من العظم كان بائناً.

وفي قولهما: هو رجعي، كقوله: أنتِ طالق من هاهنا إلىٰ الشام، ونحوه؛ لأنه لم يَصِفِ الطلاق بشيء، وإنما جعله في موضع دون موضع.

وفي قولهما أيضاً: إن أراد ثلاثاً: كان ثلاثاً؛ لأنه يصح أن يريد به صفة التطليقة، فيكون واصفاً لها بضرب من العظم، فيصح إرادة البينونة العظمىٰ.

* **قال** : (ولو قال: أنت طالق تطليقة تملأ الكون: كانت طالِقاً تطليقة بائنة في قولهم جميعاً)[٣].

لأن هذه صفة راجعة إلىٰ التطليقة، يقتضي لها زيادة عظم، وتلك

---

(١) انظر شرح فتح القدير ٤/٥١-٥٣.

(٢) المصدر السابق ٤/٥٢-٥٤.

(٣) انظر الهداية مع شرح فتح القدير ٤/٥١-٥٢، وقال الإمام محمد: تقع الثلاث عند عدم النية. انظر بدائع الصنائع ٤/١٨١٧.

الزيادة لا تكون إلا بينونة.

مسألة : [مَن طلق كألف طلاق]

قال : (ومَن قال لامرأته: أنتِ طالق كألف: فهي واحدة بائنة إلا أن ينويَ ثلاثاً)[١].

وذلك لأن: «الكاف»: حرف تشبيه يقتضي المساواة بينهما من وجه دون وجه.

ثم لا يخلو من أن يكون تشبيهه بالألف من طريق البينونة، أو العدد، فلو جعلنا من جهة العدد: لسقط معنىٰ التشبيه، وصار كقوله: أنت طالق ألفاً، وفي وجوب إثبات حكم اللفظ ما يوجب أن يكون التشبيه واقعاً من جهة البينونة دون العدد.

مسألة : [مشيئة المرأة في الطلاق]

قال[٢] : (ولو قال لامرأته: أنت طالق إن شئتِ، فقالت: قد شئتُ، إن كان كذا لشيء ماض: وَقَعَ»[٣].

لأنه مُوقَع في الحال؛ لأن الماضي لا تنعقد به اليمين، وإنما هو الإيقاع في الحال، إذْ كانت الأيمان إنما تنعقد علىٰ شروط مستقبَلة، وما علَّقه بفعل ماض فليس بيمين، وإنما هو إيقاع في الحال.

ولو قالت ذلك لشيء مستقبل: لم يقع، وخرج الأمر عن يدها؛ لأن

---

(١) المرجع السابق.

(٢) مختصر الطحاوي ص٢٠٠.

(٣) انظر بدائع الصنائع ٤/١٨٤٢.

ذلك عقد يمين، ولم يجعل إليها عقد اليمين، وإنما جعل إليها الإيقاع.

مسألة : [التعبير عن الطلاق بالشديد والطويل وغيره]

قال : (ومَن طلق امرأته تطليقة شديدة، أو طويلة، أو عريضة: كانت طالقاً تطليقة بائنة)[1].

وذلك لأنه وَصَفَ التطليقة بضربٍ من العِظَم، وتلك الزيادة التي وصفها به ينبغي أن يكون بينونة، إذ لو لم تثبت البينونة كنا قد ألغينا الصفة.

مسألة : [الطلاق من ههنا إلىٰ الشام]

قال : (ولو قال أنت طالق من ههنا إلىٰ الشام: كانت طالقاً تطليقة رجعية)[2].

لأنه لم يصف التطليقة بشيء، وإنما وصف المرأة بأنها طالق في مكان دون مكان، وهي متىٰ طلقت في موضع: طلقت في سائر المواضع، وتخصيصه لبعض المواضع بكونها طالق فيه لغوٌ لا معنىٰ له.

مسألة : [الطلاق بلفظ أقبح الطلاق]

قال : (ولو قال: أنت طالق أقبح الطلاق: فهو بائن، إلا أن ينويَ ثلاثاً)[3].

---

(١) وعند أبي يوسف: يقع بها رجعية، لأن هذا الوصف لا يليق به، انظر الهداية مع شرح فتح القدير ٤/٥٣.

(٢) وقال زفر: هو بائن. انظر بدائع الصنائع ٤/١٨١٥، الهداية مع شرح فتح القدير ٤/٢٣.

(٣) وقال أبو يوسف: هو رجعي. انظر بدائع الصنائع ٤/١٨١٦.

وذلك لأن: أقبح الطلاق: أن يكون لغير السنة، ويكون منهياً عنه، وذلك قد يكون واحدة بائنة، ويكون ثلاثاً، فيلزمه الأقل، ولا يلزمه الأكثر إلا باعترافه.

مسألة : [الطلاق بلفظ أحسن الطلاق]

قال : (ولو قال: أنتِ طالق أحسن الطلاق: كان للسُّنَّة)[١].

لأن أحسنه أن يكون للسنة، وهذا إنما أوقع ضرباً من الطلاق دون ضرب، فيقع علىٰ ما أوقع.

مسألة : [الطلاق بلفظ حسنة وجميلة]

قال[٢]: (ولو قال: أنت طالق تطليقة حسنة، أو جميلة: وقعت واحدة في الحال وإن كانت حائضاً)[٣].

وذلك لأنه لم يصف الطلاق إلىٰ وقت، ولم يعلِّقه بشرط، وما كان هذا وصفه من الطلاق: فهو واقع في الحال.

وليس هذا كقوله: أحسن الطلاق؛ لأنه مُوقِع في هذا ضرباً من الطلاق دون ضرب، وقوله: تطليقة حسنة: إيقاع في الحال؛ لأن التطليقة لا توصف بأنها حسنة.

وجعل أبو يوسف قوله: تطليقة حسنة: بمنزلة قوله: أحسن الطلاق،

---

(١) انظر الهداية مع شرح فتح القدير ٣/٤٦٧.

(٢) مختصر الطحاوي ص٢٠١.

(٣) انظر شرح فتح القدير ٣/٤٨٦.

فتقع للسنة[١].

مسألة : [طلاق المخيَّرة]

قال : (إذا قال لامرأته: اختاري، اختاري، اختاري[٢]، فقالت: قد اخترت نفسي بالأُولىٰ، أو الوسطىٰ، أو الأخرىٰ: فهي طالق ثلاثاً، وقال أبو يوسف ومحمد: هي واحدة[٣].

ولو قالت: قد طلَّقتُ نفسي واحدة: كانت طالقاً واحدة بائناً في قولهم جميعاً)[٤].

مسألة :

(ولو قالت: قد اخترتُ نفسي بواحدة، أو قالت: قد اخترتُ نفسي واحدة: كانت طالقاً ثلاثاً في قولهم جميعاً).

قال أبو بكر : هاتان المسألتان لا خلاف فيهما، وذلك لأن قولها: قد اخترت نفسي بتطليقة، أو: طلَّقتُ نفسي واحدة: لا إشكال فيه أنه اختيارٌ منها لتطليقة واحدة مما ملكت من التطليقات الثلاث بالتخييرات المختلفة، وقولها: قد اخترتُ نفسي بواحدة، بمنزلة قولها: بمرة واحدة.

وكذلك قولها: قد اخترت نفسي واحدة، كأنها قالت: مرة واحدة،

---

(١) المرجع السابق.

(٢) «اختاري»: الثانية ساقط من (ق.ج)، «واختاري»: الثالثة ساقطة من النسخ، ومثبتة في المختصر المطبوع ص٢٠١، وسيأتي ذكرها في كلام الشارح.

(٣) انظر بدائع الصنائع ١٨٣٨/٤، وما بعدها.

(٤) انظر المرجع السابق.

وهي تكتفي باختيار واحدة في إيقاع الثلاث؛ لأنها لو قالت: قد اخترت نفسي: لوقع الثلاث في قولهم جميعاً، وكان ذلك جواباً لجميع الكلام.

وذلك لأن الجواب بالواحدة يجوز أن يحصل به اختيار الثلاث، بمنزلة الشرط الواحد، يجوز أن يحنث به في أيمان كثيرة.

ألا ترىٰ أنه لو قال لها: أنت طالق إن شئتِ، أنت طالق إن شئتِ، أنت طالق إن شئتِ، فقالت: قد شئت: أنها تطلق ثلاثاً، ويكون قولها: قد شئت: جواباً عن جميع ما ملكت من مشيئة الطلاق[1].

وإذا صح هذا، قلنا في قولها: قد اخترتُ نفسي بالأُولىٰ التي ملكتُها، يحتمل أن يكون راجعاً إلىٰ الاختيار، ويحتمل أن يكون راجعاً إلىٰ التطليقة الأُولىٰ، وكان صَرْفه إلىٰ الاختيار أَوْلىٰ منه إلىٰ التطليقة؛ لأن التخيير موجود في لفظ الزوج، والطلاق غير موجود فيه، وإنما يقع من جهة الحكم، فكان صَرْفه إلىٰ ما اقتضاه لفظ الزوج من الاختيار أَوْلىٰ من صَرْفه إلىٰ الطلاق.

ومن جهة أخرىٰ: إنها لو قالت: قد اخترت نفسي: كان ذلك جواباً للتخييرات الثلاث، فإذا قالت: بالأُولىٰ، واحتمل أن يكون راجعاً إلىٰ التطليقة الأولىٰ، واحتمل الاختيار الأول: لم يُغيِّر حكم قولها: اخترت نفسي بالاحتمال، ولم يُخرجه عن حد الجواب لجميع الكلام بالجواب، فوقعت الثلاث، وأقل أحواله حين احتمل الأمرين جميعاً، أن يسقط حكمه، ويبقىٰ قولها: اخترت نفسي، فيقع به الثلاث.

* (وأبو يوسف ومحمد صرفاه إلىٰ التطليقة).

---

(١) المبسوط ٦/٢١٨، البناية شرح الهداية ٤/٥١٩.

لأنه لما احتمل صَرْفه إلىٰ التطليقة، واحتمل صرفه إلىٰ الاختيار: لم يُلزماه الثلاث بالشك.

فصل : [صورة جديدة للمسألة السابقة المخيَّرة]

قال : (ولو كان يشترط في الآخرة ألف درهم، فقالت: قد اخترتُ نفسي[١] بالأُولىٰ: وقع الثلاث، ولزمها ألف في قول أبي حنيفة)[٢].

لأن ذلك عنده اختيار الثلاث، فقد اختارت التطليقة الأخيرة المشروط فيها الألف.

(وفي قول أبي يوسف ومحمد: يقع واحدة بغير مال)[٣].

لأنهما ردَّاه إلىٰ التطليقة الأُولىٰ، وليس فيها مال.

* وإن اختارت نفسها بالآخرة: لزمها ألف في قولهم جميعاً[٤]، ويقع الثلاث في قول أبي حنيفة، وفي قولهما: تقع الأخيرة فحسب.

مسألة : [صورة جديدة لمسألة المخيَّرة]

قال : (ولو قال: اختاري، واختاري، واختاري بألف درهم، فاختارت نفسها بالأُولىٰ: طلقت ثلاثاً[٥]، وعليها ألف درهم، في قول أبي حنيفة).

---

(١) وفي (ق): «بألف درهم».

(٢) انظر الجامع الكبير ص١٨٤.

(٣) انظر تبيين الحقائق ٢/٢٢٢.

(٤) المصادر السابقة.

(٥) «ثلاثاً»: ساقط من (ق.ج).

لأنه لما أدخل: «الواو»: عليها، و«الواو» بابها الجمع، صار كقوله: اختاري ثلاثاً بألف درهم، واختيارها للأُولىٰ اختيار الثلاث في قول أبي حنيفة، فطلقت في قوله ثلاثاً بألف.

(وأما قول أبي يوسف ومحمد: فإنها لا تطلق).

لأن عندهما: أنَّ اختيارها للأُولىٰ، إنما هو اختيار تطليقة واحدة من الثلاث، فلو جاز لوقعت بثُلُث الألف، وهو لم يرض بأن تَمْلِك بُضْعها إلا بحصول الألف له، فلا يجوز أن تملكه بثلث الألف، كرجل قال لامرأته: طلِّقي نفسك ثلاثاً بألف درهم، فطلقت نفسها واحدة: فلا يقع شيء[1].

مسألة: [اقتران الطلاق بحرف: «الباء»]

قال: (وإذا قالت له امرأته: طلقني ثلاثاً بألف درهم، فطلقها واحدة: طلقت واحدةً بثلث الألف)[2].

لأن: «الباء»: تصحب الأبدال، وليس فيها معنىٰ الشرط، فجعلت الألف بدلاً من الثلاث، لكل واحدة ثلث الألف، فلا يكون إيقاع الثلاث شرطاً في استحقاق المال؛ لأنه ليس في اللفظ ما يوجب أن يكون بعضها شرطاً في بعض، وقد رضي الزوج بأن يُملِّكها نفسَها بثلث الألف، فوقعت الواحدة.

وليس ذلك مثل قول الزوج لها: طلِّقي نفسك ثلاثاً بألف، فتطلِّق نفسَها واحدة؛ لأن الزوج لم يرض أن تَمْلِك بُضْعَها إلا بالألف كلها، فلو

(١) انظر الهداية مع شرح فتح القدير ٤/٢٢٦، ٢٢٥.

(٢) المرجع السابق.

أوقعنا الواحدة: طلقت ثلاثاً[١] بثلث الألف[٢].

[مسألة : اقتران الطلاق بحرف : «علىٰ»]

* **قال** : (ولو قالت: طلِّقني ثلاثاً علىٰ ألف درهم، فطلقها واحدة: طلقت واحدة بغير شيء في قول أبي حنيفة)[٣].

وذلك لأن: «علىٰ»: شرطٌ، فقد جُعلت وقوع الثلاث شرطاً في استحقاق المال.

والدليل علىٰ أنَّ: «علىٰ»: شرط، أنك تقول: أُعطيك هذا المال علىٰ أن تدخل الدار، و: علىٰ أن تكلم فلاناً، فيكون ذلك شرطاً.

وليس كذلك: «الباء»، لأن: «الباء»: تصحب الأبدال في الأثمان، وليس فيها معنىٰ الشرط[٤].

(وفي قول أبي يوسف ومحمد: تطلق واحدة بثلث الألف، كقولها: بألف)[٥].

لأن الألف قد جُعلت بدلاً من الثلاث في المسألتين جميعاً.

مسألة[٦] : [اقتران الطلاق بحرف : «من»، و : «إلىٰ»]

---

(١) «ثلاثاً»: ساقط في (ق.ج).

(٢) الهداية مع فتح القدير ٤/٢٢٦.

(٣) المصادر السابقة.

(٤) انظر المبسوط ٦/١٧٣-١٧٤.

(٥) المرجع السابق.

(٦) مختصر الطحاوي ص٢٠٢.

(وإذا قال لها: أنت طالق من واحدة إلىٰ ثلاث: طلقت اثنتين في قول أبي حنيفة)[١].

وذلك لأن الغاية لما كان من شأنها أنها تدخل في الكلام تارة، ولا تدخل أخرىٰ، ولم يكن في اللفظ دلالة علىٰ دخولها وخروجها: لم نُثْبتها بالشك.

فإذا كان أصل اليقين بقاء الزوجية، صارت الثلاثة مشكوكاً فيها، فلم نوقِعْها بغير دلالة.

(وفي قولهما: يقع ثلاثاً)؛ لوجودها في لفظ الإيقاع، ولا يخرج منه شيء بغير دلالة، وقد بيَّنَّا هذه المسألة في مواضع[٢].

مسألة: [اقتران الطلاق بلفظ: «ما لم»]

قال: (وإذا قال لامرأته: أنت طالق ما لم أطلقك، ثم سكت: طلقت)[٣].

وذلك لأن: «ما»: في هذا الموضع بمعنىٰ الوقت، كأنه قال: أنت طالق وقتاً لم أطلقك، فإذا وُجد بعد اليمين وقتٌ لم يطلقها فيه: طلقت باليمين.

[مسألة:]

قال: (ولو قال: أنتِ طالق إذا لم أطلقك: لم تطلق باليمين حتىٰ

---

(١) انظر شرح فتح القدير ٤/١٨.

(٢) ينظر شرح فتح القدير ٤/٢٩.

(٣) انظر الهداية مع شرح فتح القدير ٤/٣٠.

يموت، ولم يطلقها قبل ذلك، فتطلق في آخر أجزاء حياته في قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: تطلق إذا سكت بعد اليمين).

قال أبو بكر: لم يختلفوا أنه إذا قال: أنتِ طالق إن لم أطلقك: أنه علىٰ المُهْلة، وعلىٰ أنه لا يُحْكَم بتطليقها حتىٰ يموت.

ولم يختلفوا أيضاً أنه لو قال: أنت طالق متىٰ لم أطلقك: أنه علىٰ الفور، فإن سكت عقيب اليمين: طلقت.

واختلفوا في: «إذا»: علىٰ الوجه الذي قدَّمنا، فجَعَلَ أبو حنيفة: «إذا»: بمعنىٰ: «إن»، وجعلها أبو يوسف ومحمد بمعنىٰ: «متىٰ».

والأصل في ذلك أن: «إن»: شرطٌ محض، ليس فيه وقت، وأن: «متىٰ»: وقتٌ، و: «إذا»: شرطٌ فيه معنىٰ الوقت.

ألا ترىٰ أنه لو أراد أن تكون: «إذا»: علىٰ الفور، كانت علىٰ الفور عندهم جميعاً، وأنه لو أراد أن تكون علىٰ المُهْلة: كانت علىٰ المهلة في قولهم.

* وإذا كانت: «إذا»: واسطة بين: «متىٰ»، و: «إن»: يحتمل أن يراد بها كل واحد من المعنيين في الحال: حملها أبو حنيفة علىٰ المهلة[1]، وذلك لأن وقوع الطلاق في الحال مشكوك فيه، فلم يوقع[2] فيه الطلاق إلا بيقين، ولم يوقعه بالاحتمال.

---

(١) انظر المبسوط ٦/١١١ وما بعدها.

(٢) وفي (ق.ج): «يقع».

ومما يدل علىٰ أنَّ: «إذا»: ليست بوقت محض: أنها لو كانت كذلك، لجاز أن تقوم مقام: «متىٰ»: في سائر الأحوال، إذ كانت مثل: «متىٰ» وقتاً.

وقد علمنا أنه قد يصح أن نقول: متىٰ لقيتَ زيداً؟ ولا يجوز أن نقول: إذا لقيت زيداً؟ وهو يريد به استفهام الوقت.

ولو كانت بمنزلة: «متىٰ»، لجاز أن يُستفهم بها الأوقات، فصحَّ أنها مفارِقة لـ: «متىٰ»: من هذا الوجه، وأن: «إذا»: واسطة بين الوقت والشرط، فجاز أن تلحق بها تارة، وتفارقها تارة.

ويدل علىٰ أنَّ: «إذا»: قد تكون بمعنىٰ: «إن»، وهي شرطٌ محضٌ: قولُ الشاعر:

وإذا تُصِبْكَ خصاصةٌ فتجمَّلْ[1]

معناه: «وإن تُصِبْك»، ولولا ذلك لما جُزِم الفعل.

* و: «إن»: قد تكون بمعنىٰ: «إذا»: أيضاً، نحو قوله تعالىٰ: ﴿مَّتَٰعًا إِلَى ٱلْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ ۚ فَإِنْ خَرَجْنَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾[2].

معناه: إذا خرجن، يعني به مضيَّ الوقت، وهو الحول المؤقت به للعِدّة، إذ لو كان المراد: الشرط، لكان جائزاً لها أن تتزوج أيَّ وقت خَرَجَتْ فيه.

---

(١) هذا هو الشطر الأول من البيت وتمامه:

واستغن ما أغناك ربك بالغنىٰ وإذا تُصبك خصاصة فتجمَّلْ

انظر شرح شواهد المغني ١/٢٧٣.

(٢) البقرة: ٢٤٠.

وأيضاً: فإن الناس لا يفرِّقون في العادة بين: «إذا»، و: «إن»: في مثل ذلك، كقوله: أنتِ طالق إن دخلت الدار، و: إذا دخلت الدار.

فإن قيل: فلو قال لها: أنت طالق إن شئتِ: كان علىٰ المجلس، وإذا شئت: علىٰ المجلس وبعده[1].

قيل له: لأن: «إذا»: لها حظٌّ من الوقت، ومن الشرط، وليست هي شرطاً محضاً، ولا وقتاً محضاً، وإنما تكون تارة في معنىٰ الشرط، وتارة في معنىٰ الوقت، علىٰ حسب قيام الدلالة عليه، لما بيَّنَّا[2]، فلذلك كانت حالها علىٰ ما وصفنا.

* وإذا قال: أنت طالق إذا شئت: فقد ثبتت لها المشيئة في الإيقاع، فلم نبطلها بالقيام عن المجلس إذا كانت: «إذا»: محتملة للوقت والشرط؛ لأنه كما لا يجوز الإيقاع بالشك، لم يجز إبطال ما ثبت لها من حق الإيقاع بالاحتمال، فحملناه علىٰ سائر الأوقات، كما قلنا في قوله: أنت طالق إذا لم أطلقك: أنا لا نوقعه بالاحتمال.

مسألة: [اقتران الطلاق بلفظ: «كم»، و: «ما»]

قال: (ومَن قال لامرأته: أنتِ طالق كم شئت، أو: ما شئت: لم تطلق إلا ما شاءت من الطلاق في مجلسها)[3].

لأن لفظ المشيئة يقتضي تعلَّقه بالمجلس، ما لم يكن فيه دلالة

---

(١) انظر المبسوط ٦/١١٢.

(٢) شرح فتح القدير ٤/٣٢-٣٤.

(٣) شرح فتح القدير ٤/١١٠.

علىٰ غيره.

أما قوله: «كم»: فهو للعدد، كقولك: كم معك من درهم؟ ومن ثوب؟

وأما: «ما»: فإنها بمعنىٰ: «الذي»، كأنه قال: الذي شئتِ من الطلاق، فيتناول الجميع.

مسألة: [اقتران الطلاق بلفظ: «كلما»]

قال: (ولو قال لها: طلقي نفسك كلَّما شئت: كان لها أن تطلق نفسها وإن قامت من مجلسها واحدة بعد واحدة حتىٰ تَبِين منه بثلاث)[1].

وذلك لأن: «كلما»: ينتظم معنيين: الوقت والتكرار، فلم يتعلق علىٰ المجلس، لما يتضمنه من معنىٰ الأوقات، كقوله: أنتِ طالق أيَّ وقتٍ شئتِ، ولما كان فيها معنىٰ الإحاطة والتكرار، كان لها إيقاع الثلاث واحدة بعد أخرىٰ[2].

مسألة: [اقتران الطلاق بلفظ: «كيف»]

قال: (ولو قال لها: أنت طالق كيف شئت: وقعت واحدة رجعية، ولها أن تجعل الطلاق ثلاثاً، وأن تجعله بائناً في قول أبي حنيفة[3].

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يقع الطلاق عليها حتىٰ تطلق نفسها).

---

(١) انظر المبسوط ٦/٢٠٠.

(٢) وفي (ق.ج): «واحدة».

(٣) انظر المبسوط ٦/٢٠٦.

قال أبو بكر : أراد بقوله: «لها أن تجعل الطلاق ثلاثاً، وأن تجعله بائناً»: إذا نوىٰ الزوج ذلك؛ لأن الزوج إن لم ينو ذلك: لم يكن لها أن توقع الثلاث والبائن، وذلك مرويٌّ عن أبي حنيفة.

وجه قول أبي حنيفة في وقوع الواحدة قبل المشيئة: أنَّ: «كيف»: للصفة، فهذا قد أوقع الطلاق في الحال، وجعل إليها المشيئة في صفته، فاقتضىٰ ذلك وقوع الطلاق.

ويدل علىٰ أنَّ: «كيف»: للصفة: أنه يقع بها السؤال عن صفة الشيء بعد ثبات عينه، تقول: كيف فلان؟ فتستخبر عن صفته.

* ثم المشيئة إليها في إيقاع البائن والثلاث إذا أراده الزوج؛ لأنه إذا احتمل[1] الثلاث والواحدة البائن: وجب الرجوع إلىٰ قوله، كما لو قال لها: أبيني نفسك، أو: أَمْرُكِ بيدك: كان الرجوع إلىٰ قول الزوج في إيقاع الثلاث، والواحدة البائنة.

وجعل أبو يوسف ومحمد المشيئةَ مشروطة في أصل الطلاق وصفته.

مسألة : [مسألة الهَدْم]

قال[2]: (ومَن طلق امرأته تطليقة أو تطليقتين، ثم انقضت عِدَّتُها، وتزوجت بعده زوجاً، ودخل بها، ثم طلقها أو مات عنها، وانقضت عِدَّتُها، ثم رجعت إلىٰ الأول، فإن أبا حنيفة وأبا يوسف قالا: ترجع إليه

---

(١) وفي (ق.ج): «احتملت».

(٢) مختصر الطحاوي ص٢٠٣.

علىٰ طلاقٍ جديد، وهو ثلاث تطليقات[١].

وقال محمد: ترجع إليه علىٰ ما بقي من الطلاق).

قال أبو بكر: يُروىٰ قول أبي حنيفة عن ابن عباس[٢]، وابن عمر، وشريح وأصحاب عبد الله[٣]، وإبراهيم[٤].

ويُروىٰ نحو قول محمد عن علي بن أبي طالب، وعمر بن الخطاب، وأُبيٍّ بن كعب، ومعاذ بن جبل، وزيد بن ثابت، وعبد الله بن عمر، وعمران بن الحصين، والحسن، وسعيد بن المسيب[٥].

وجه قول أبي حنيفة: أنَّ الزواج[٦] الثاني لا يخلو بعد الثلاث من أن يؤثِّر في رفع العدد أو التحريم، فلو كان تأثيره في رفع التحريم، لوجب أن يرفع الثالثة؛ لأن التحريم بها يحصل، وكانت تعود إليه علىٰ ثنتين، وهذا فاسد، فدل أنَّ الزواج[٧] الثاني يؤثر في رفع العدد والتحريم جميعاً.

وإذا ثبت أنه يرفع العدد الذي يوجب التحريم، كما يرفع التحريم،

---

(١) انظر الهداية مع شرح فتح القدير ٤/١٨٣، البناية ٤/٦٢٧، بداية المجتهد ٢/٨٧، ومغني المحتاج ٣/٢٩٣، المغني مع الشرح الكبير ٨/٤٧١، ٨/٤٨٠.

(٢) انظر مصنف عبد الرزاق ٦/٣٥٤، السنن الكبرىٰ للبيهقي ٧/٣٦٥.

(٣) والمراد: أصحاب عبد الله بن مسعود رضي الله عنه. انظر المبسوط ٦/٩٥.

(٤) أي النخعي.

(٥) انظر مصنف عبد الرزاق ٦/٣٥١، السنن الكبرىٰ ٧/٣٦٥، البناية شرح الهداية ٤/٦٢٧، أحكام القرآن للقرطبي ٣/١٥٢.

(٦) في (ق): الزوج.

(٧) في (ق): الزوج.

وجب أن يرفع ما دون الثلاث[١].

فإن قال قائل: الزواج[٢] الثاني لا يرفع شيئاً، وإنما يبيحها للزوج الأول.

قيل له: قد علمنا أنَّ حكمها يختلف في عَوْدها إليه علىٰ ثلاث مستقبَلات، أو علىٰ بعض الثلاث.

وتأثير الزواج[٣] الثاني إنما هو في عودها علىٰ ثلاث مستقبلات، سواء كان الأول طلق ثلاثاً أو ما دونها، بالدلالة التي ذكرنا، ثم إن شئت عبَّرتَ برفع العدد، وإن شئت فلا؛ لأنا نسلم لك العبارة بعد الموافقة علىٰ المعنىٰ.

فإن قال قائل: التحريم لم يتعلق بالثالثة دون ما قبلها من الثنتين، فلا معنىٰ لقولك إن الزواج[٤] الثاني لو كان إنما يؤثر في رفع التحريم، لرفع الثالثة وحدها.

قيل له: فإن كان التحريم متعلقاً بالثلاث، فوجب أن يرفع الثلاث؛ لأنه يرفع ما تعلق به[٥] التحريم.

وأيضاً: لما كان للزواج[٦] الثاني تأثير في رفع الثلاث، فما دونها

(١) انظر المبسوط ٦/٩٥.

(٢) في (ق): الزوج.

(٣) في (ق): الزوج.

(٤) في (ق): الزوج.

(٥) في نسخة (ق): به مع التحريم.

(٦) في (ق): الزوج.

أحرىٰ بأن يرفعها، كما أنَّ الحدث لما كان رافعاً لطهارة الأعضاء، كان رَفْعه لطهارة بعضها أَوْلىٰ.

فإن قال قائل: إنما رفع الزواج[١] الثاني الثلاث؛ لأنه يحتاج إليه في رَفْعها، وما دون الثلاث لا يفتقر إلىٰ الزواج[٢] الثاني في إباحتها للأول، فلم يعمل، وكان وجوده وعدمه بمنزلة.

قيل له: أول ما في هذا: أنه سؤال ساقط؛ لأنك نصبتَ علةً في الثلاث لا تنافي اعتلالنا، لأنك علَّقتَ بها حكم الإباحة للزوج الأول، وعودها إليه علىٰ ثلاث، فليس ذلك بمعارضة.

والثاني: أنها علة مقصورة الحكم علىٰ موضع النص والاتفاق، وما كان هذا سبيله من العلل فهو ساقط.

وأيضاً: فإن كان الزواج[٣] الثاني مشروطاً لما يفتقر إليه في إباحتها للأول، فهو إنما يُفتقر إليه في رفع الثالثة وعودها إليه علىٰ تطليقتين، فدل علىٰ سقوط هذا الاعتبار.

وأيضاً: النجاسة اليسيرة لا يحتاج إلىٰ غسلها في إباحة الصلاة، ولو غَسَلَها صحَّ غسله لها[٤].

فإن قيل: العاقلة تتحمل خمسمائة، ولا تتحمل ما دونها عندك،

---

(١) في (ق): الزوج.

(٢) في (ق): الزوج.

(٣) في (ق): الزوج.

(٤) انظر الهداية مع شرح فتح القدير ١/٢٠٢.

فاختلف حكم القليل والكثير فيها[١].

قيل له: فينبغي أن تسوِّيَ بين الثلاث وما دونها، من حيث لم يختلف حكم القليل والكثير فيما تحمله العاقلة عندك، فهذا السؤال لا يصح لك[٢].

وعلىٰ أصلنا إنما افترقا من قِبَل أنَّ العاقلة تَحْمِل عن الجاني علىٰ وجه المواساة، وحَمْلِ الثقل عنه، والقليلُ قد يمكنه التحمل في العادة، فلم يلزم العاقلة، والكثير قد يعجز عنه في العادة، فأُمرت العاقلة بالمواساة[٣].

وأما الطلاق فحكم القليل والكثير لا يختلف فيما يتعلق به من الحكم عند عوده إلىٰ الأول بعد الزواج الثاني، لما بيَّنَّا.

مسألة: [تحويل الرجعية إلىٰ الثلاث]

قال أبو جعفر[٤]: (وإذا طلقها تطليقة رجعية، ثم قال لها قبل انقضاء العدة: قد جعلتُ تلك التطليقة ثلاثاً، أو بائناً: كانت كما جَعَلَها في قول أبي حنيفة)[٥].

وذلك لأنه قد كان يملك إيقاعها بائناً في الابتداء، فجاز أن يُلحقها

---

(١) أي أن العاقلة عند الحنفية لا تعقل إلا خمسمائة درهم فصاعداً. ينظر المبسوط ٨٤/٢٦، وانظر تفصيل المسألة في الفقه الإسلامي وأدلته ٣١٩/٦.

(٢) وعند فقهاء الشافعية تتحمل العاقلة جميع الدية، قلَّت أو كثرت، لأنه إذا أُلزمت بالكثير فالقليل من باب أَوْلىٰ. انظر مغني المحتاج ٩٥/٤.

(٣) انظر المبسوط ٦٦/٢٦.

(٤) مختصر الطحاوي ص٢٠٣.

(٥) المراجع السابقة.

بها؛ لأنه يملك البينونة في هذه الحال، كما كان يملكها في الابتداء.

وأيضاً: فإن التطليقة الرجعية قد يجوز أن تلحقها البينونة بعد وقوعها رجعية، ألا ترىٰ أنها تصير بائنة بانقضاء عدتها، فكذلك جائز له تعجيل البينونة فيها.

وأما إذا جعلها ثلاثاً، فإنما ألحق بها تطليقتين أخريين، فيصح ذلك، وتكون طالقاً في الحال، كقوله: أنت طالق ثنتين قبل هذا الوقت، فتطلق في الحال، ولا تطلق قبل ذلك.

* **قال**: (وقال أبو يوسف: إن جعلها ثلاثاً: لم تكن ثلاثاً).

لأن الواحدة لا تكون ثلاثاً أبداً، فصار كقوله: جعلتها ثلاثاً لغواً.

(وإن جعلها بائناً: كانت بائناً).

لأن البينونة صفة لها، يصح إيقاعها معها، فجاز له أن يُلحقها معها.

* **قال**: (وقال زفر ومحمد: لا تكون ثلاثاً، ولابائناً).

لأن الطلاق لا يلحقه الفسخ بعد وقوعه، فلا يتغير حكمه بما وصفه[1] به بعد وقوعه.

وهذا لا يلزم أبا حنيفة؛ لأن الرجعي يصير بائناً بانقضاء العدة.

فإن قال: فالواحدة لا تكون ثلاثاً أبداً، فينبغي أن لا يصح إلحاقها[2] بها.

قيل له: إنما ألحق الثلاث علىٰ معنىٰ: أنه جعل القول الأول، وهو

(١) وفي الأصل: (بما وضعه فيه)..

(٢) وفي الأصل: «إيقاعها»، والمثبت من (ق.ج).

قوله: أنت طالق واحدة، بمنزلة قوله: أنت طالق ثلاثاً، وهذا معنىً يصح إيقاعه ابتداء، فكذلك جائز إلحاقه به علىٰ هذا الوجه، ولا يُحمل الأمر علىٰ أنه جعل الواحدة ثلاثاً؛ لأن الواحدة بعينها لا تكون ثلاثاً أبداً، إلا أن يحمل علىٰ معنىٰ: أنت طالق واحدة ثلاثاً، فتقع الثلاث، لأنه لو لفَظَ به ابتداء علىٰ هذا الوجه: صح، فكذلك يجوز إلحاقه به.

مسألة: [طلاق الأجنبية قبل الزواج]

قال: (وإذا قال لأجنبية: إن تزوجتُكِ فأنتِ طالق: طلقت إذا تزوجها)[(١)].

وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَـٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ﴾[(٢)]، فحكَمَ بصحة طلاقه بعد النكاح، ثم نظرنا في مسألتنا هل الطلاق فيها موقَعٌ[(٣)] بعد النكاح أو قبله؟

فلما اتفق الجميع علىٰ أنه لو قال لامرأته: إذا بِنْتِ منِّي فأنت طالق: لم يكن مطلِّقاً في النكاح وإن كان القول منه في حال النكاح، فتعلّق الحكم فيه بحال الإضافة دون حال عقد اليمين، عَلِمْنا بذلك أنَّ القائل للأجنبية: إذا تزوجتك فأنت طالق: أنه مطلِّق بعد النكاح، فوقع طلاقه بعموم الآية.

ودليل آخر: وهو اتفاق الجميع علىٰ أنَّ من شَرْط صحة النذر:

---

(١) مختصر الطحاوي ص٢٠٣، شرح فتح القدير ٤/٣٦.

(٢) الأحزاب: ٤٩.

(٣) وفي (ق.ج): «واقع».

المِلْك، كما أنَّ من شرط صحة الطلاق: النكاح، ثم اتفق الجميع علىٰ أنه لو قال: إن رزقني الله مالاً فلله عليَّ أن أتصدق ببعضه، ثم ملكه: لزمته الصدقة، وكان هذا ناذِراً في مِلْك[١]، وقد نص الله تعالىٰ علىٰ وجوب ذلك بقوله: ﴿وَمِنْهُم مَّنْ عَـٰهَدَ ٱللَّهَ لَئِنْ ءَاتَىٰنَا مِن فَضْلِهِۦ لَنَصَّدَّقَنَّ﴾[٢] الآية، فذمَّهم علىٰ تَرْك الوفاء بالنذر المضاف إلىٰ المِلْك[٣].

فلما كان هذا ناذِراً في الملك من أجل إضافته إلىٰ الملك وإن لم يكن مالكاً في الحال، كذلك مُضِيْفُ الطلاق إلىٰ النكاح، مطلِّقٌ في الملك وإن كان غيرَ مالكٍ في الحال.

* وأما قوله صلىٰ الله عليه وسلم: «لا طلاق قبل النكاح»[٤]: فهو محمول عندنا علىٰ حقيقته، وهو الإيقاع قبل النكاح.

وأما عقد طلاق قبل نكاح، فلم يتناوله اللفظ؛ لأن عقد الطلاق ليس بطلاق، وإنما يسمىٰ عقد اليمين بالطلاق طلاقاً: علىٰ جهة المجاز، دون الحقيقة.

وأيضاً: لو أوصىٰ الرجل بثلث ماله، ولا مال له، ثم استفاد مالاً، صحت الوصية فيه، وكان بمنزلة ما كان مالكه، لأجل إضافته إلىٰ ملكه، كأنه قال: أوصيتُ له بثلث مالي عند الموت، ولو أوصىٰ بمالِ غيره، لم

---

(١) انظر أحكام القرآن للقرطبي ٨/٢١١.

(٢) التوبة: ٧٥.

(٣) انظر بذل المجهود شرح أبي داود ١٠/٢٧٧.

(٤) صحيح البخاري ٦/١٦٧، سنن الترمذي ٣/٤٨٦، شرح السنة للبغوي ٩/١٩٨.

تصح الوصية[١]، فصارت إضافته إلىٰ ملكه كوجود الملك في حال الإيجاب، كذلك الطلاق.

وأيضاً: قال النبي صلىٰ الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه في ماله بخيبر حين أراد أن يتصدق به: «حَبِّس أصلَها، وتصدَّق بثمرتها»[٢].

فأجاز له الصدقة بثمرةٍ ليست في ملكه إذا كانت في وقت وجوب الصدقة بها في ملكه، وكذلك الطلاق.

وهكذا وَجَبَ أن يكون كذلك حكم قوله لأمته: إذا ولدتِ ولداً فهو حر، وإذا صحَّ ذلك في ولد الأمة، صحَّ في الطلاق[٣] إذا قال: إن تزوجتك فأنتِ طالق[٤]؛ لأن أحداً لم يفرِّق بينهما.

وقد تكلمنا في هذه المسألة في غير هذا الموضع بأكثر من هذا.

ويُروىٰ نحو قولنا عن عمر بن الخطاب، وابن مسعود، وابن عمر، والقاسم بن محمد، وسليمان بن يسار، ومجاهد.

وكان علي عليه السلام وابن عباس رضي الله عنهما يقولان: لا يقع.

وقال الشعبي وإبراهيم[٥]: إن خصَّ قبيلةً وَقَعَ، وإن عمَّ لم يقع.

---

(١) انظر تكملة فتح القدير ١٠/٤٣٣.

(٢) صحيح البخاري ٣/١٩٦، صحيح مسلم ٢/١٢٥٥ـح١٦٣٢ بمعناه.

(٣) انظر شرح فتح القدير ٤/٤٥٤.

(٤) انظر تبيين الحقائق ٢/٢٣١، بدائع الصنائع ٤/١٨٦٤.

(٥) مصنف عبد الرزاق ٦/٤١٦، فتح الباري ٩/٣٨١، ٣٨٥.

مسألة :

قال أبو جعفر : (فإن دخل بها بعد التزويج: فلها مهر ونصف).

قال أبو بكر : يجب لها نصف مهرٍ؛ لوقوع الطلاق قبل الدخول، ومهرٌ بعد الدخول؛ لأنه دخل بها بعد وقوع البينونة، وارتفاع الزوجية علىٰ شبهة نكاح.

مسألة :

قال : (فإن تزوجها بعد ذلك: لم يقع عليها طلاق)[1].

وذلك لأن قوله: إن تزوجتك: شرط ليس فيه تكرار، وكذلك قوله: متىٰ: ليس فيها ما يوجب التكرار، فوقع علىٰ مرة واحدة.

مسألة : [الطلاق بلفظ : «كلما»]

قال : (ولو قال: كلما تزوجت امرأةً فهي طالق: طلقت كلما تزوج)[2].

لأن: كلما: تجمع الأفعال؛ لأن الذي يليها هو الفعل، والفعل الثاني غير الأول، فقد تناوله لفظ: كلما.

مسألة :

قال : (ولو طلقت ثلاثاً، ثم تزوجها بعد زوج آخر: طلقت أيضاً)[3].

لأن كل تزويج يوجد فقد اشتمل عليه: كلما، والطلاق مضاف إليه،

---

(١) شرح فتح القدير ٣/٣٨٣، بدائع الصنائع ٤/١٨٦٥.

(٢) انظر بدائع الصنائع ٤/١٨٦٥.

(٣) انظر بدائع الصنائع ٤/١٨٦٥.

فوقع.

ويدل علىٰ أنَّ قوله: كلما: يتناول الفعل علىٰ وجه التكرار: قول الله تعالىٰ: ﴿كُلَّمَا نَضِجَتْ جُلُودُهُم بَدَّلْنَٰهُمْ جُلُودًا غَيْرَهَا﴾[١].

مسألة:

قال: (ولو قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق، فتزوج امرأةً: طلقت، وإن تزوجها مرةً أخرىٰ: لم تطلق، وإن تزوج غيرَها: طلقت)[٢].

وذلك لأن: كل: تجمع الأسماء دون الأفعال؛ لأن الذي يليها هو الاسم، فإذا تزوجها مرةً لم يدخل فيه التزويج الثاني، لأن: كل: لم يتناول الفعل، وإنما يتناول الاسم علىٰ وجه الجمع، والاسم الثاني هو الأول، فاستحال أن يكون مجموعاً إليه؛ لأن الجمع إنما يكون بين الشيء وغيره، لا بين الشيء ونفسه.

وأما امرأة أخرىٰ، فإنها تدخل فيه؛ لأن هذا الاسم غير الأول، فجاز أن يكون مجموعاً إليه.

مسألة: [الخلوة الصحيحة توجب المهر]

(والخلوة الصحيحة تمنع سقوط شيء من المهر بالطلاق قبل الدخول)[٣].

---

(١) النساء: ٥٦

(٢) انظر بدائع الصنائع ٤/١٨٦٤.

(٣) انظر البناية شرح الهداية ٤/٢٠٢.

وذلك لما بيَّنَّا فيما سلف[١].

[موانع الخلوة]

فإن كان أحدهما مُحْرِماً: لم تكن خلوة صحيحة؛ لأنه يصح معها التسليم، وإنما تكون الخلوة تسليماً في الموضع الذي يصح معها التسليم.

وكذلك إذا كانا صائمين في شهر رمضان، أو أحدهما.

أو كانت رَتْقاء، وذلك لما بيَّنَّا من امتناع وقوع التسليم معه، فصار كمن سلَّم الدار إلىٰ المستأجر، وفيها غاصب يمنع السكنىٰ، أو سلَّم السلعة إلىٰ المشتري، وهناك حائل بينه وبينها من غاصب، أو غيره، وكذلك الرتقاء المنع من جهتها، فلا يكون تسليماً.

مسألة: **[طلاق الثلاث في مرض الموت «مسألة الفرار»]**

قال: (وإذا طلَّق امرأته ثلاثاً في مرضه بغير سؤالٍ منها، ثم مات، وهي في العدة: فلها الميراث)[٢].

قال أبو بكر: رُوي توريث المطلقة ثلاثاً في المرض عن علي، وعمر، وعثمان، وأُبيٍّ بن كعب، وعبد الرحمن بن عوف، وعائشة، وزيد بن ثابت، وشريح، والشعبي، وإبراهيم، ومحمد بن سيرين.

ولا نعلم عن أحد من الصحابة خلافه، إلا أنهم اختلفوا في كيفية حال

(١) أي في كتاب النكاح.

(٢) البناية شرح الهداية ٤/٥٦٩.

التوريث[١]:

فقال عمر بن الخطاب: ترث ما دامت في العدة[٢].

وقال أُبيٌّ بن كعب: ترث ما لم تتزوج[٣].

وقال بعضهم: ترث وإن تزوجت.

فأما قائلٌ من الصحابة بنفي الميراث رأساً: فلا نعلمه إلا شيءٌ يُروىٰ عن عروة بن الزبير[٤]، وهو قولٌ ليس بخلاف علىٰ الصحابة، فيجوز الاحتجاج باتفاق السلف علىٰ صحة التوريث، وإبطال قولِ مَن نفاه رأساً.

* ومن جهة النظر: إنَّ المرض يُثبِت لها ولسائر الورثة حق الميراث.

والدليل عليه: أنه لا يجوز هبته وعتقه في المرض إلا من الثلث، لثبوت حقهم في ماله، فلا سبيل له في إسقاطه بفعله، وهو الطلاق، بدلالة أنَّ طلاقه لا يُسقط حقَّها في ماله من السكنىٰ، والنفقة، فكذلك الميراث.

فإن قيل: فلو تزوج ثلاثاً سواها: جاز، مع ما عليها من الضرر في إيجاب المشاركة في ميراثها.

---

(١) مصنف عبد الرزاق ٦٢/٧، السنن الكبرىٰ للبيهقي ٣٦٢/٧، المحلىٰ لابن حزم ٢٢٠/١٠، المغني والشرح الكبير ٢١٧/٧.

(٢) مصنف عبد الرزاق ٦٤/٧.

(٣) السنن الكبرىٰ للبيهقي ٣٦٣/٧.

(٤) المرجع السابق.

قيل له: ليس فيه إسقاط حقها؛ لأن ميراثها قائم، وإنما فيه إثبات الشركة بمزاحمة مَن هي مثلها في استحقاقه[١].

فإن قيل: ولو كان له أخ فأقرَّ بابنٍ في مرضه: صح ذلك، فاستحق الابنُ الميراث دون الأخ، فقد حَرَمه الميراثَ بقوله.

قيل له: ليس هذا من مسألتنا في شيء، من قِبَل أنا حَرَمنا الأخَ الميراث في هذه الحال، مع بقاء السبب الذي به كان يستحق الميراث وهو الأخوة، فلم يخرج بقوله من كونه من أهل الميراث، وإنما حدث هاهنا[٢] مَن هو أَوْلىٰ منه وهو الابن.

فأما المرأة فلو حَرَمناها الميراث، كنا إنما نحرمها إياه؛ لأنه أخرجها بقوله من أهل الميراث، وهذا هو الذي أثبتناه.

فإن قيل: فلو جاءت امرأته بولد، فنفاه في مرضه، فلاعَنَها، خرج من أن يكون من أهل الميراث بقوله.

قيل له: لم يكن قط من أهل الميراث قبل اللعان؛ لأن حكم نَسَبِه موقوف علىٰ اعترافه، أو ما يقوم مقامه، فإذا نفاه عند الولادة، فألحقه القاضي بالأم، علمنا أنه قط لم يكن ثابت النسب منه.

* وإنما قلنا إنها لا ترثه بعد انقضاء العدة؛ لأنه قد حدث هناك ما يقطع الميراث من غير فعل الزوج، وهو انقضاء العدة، ولم يختلفوا أنها لو ماتت قبله: لم ترثه؛ لأن موتها ليس من فعله، كذلك انقضاء العدة مع

---

(١) في (ق،ج): «استحقاقها»، والمثبت من الأصل.

(٢) في الأصل: «هناك».

وجود الفرار من الزوج.

وأيضاً: فلما كان انقضاء العدة مسقِطاً لحقها من ماله في النفقة والسكنىٰ، وَجَبَ مثله في الميراث.

فصل : [عدة مَن مات زوجها في عدة الطلاق منه]

(وإذا مات وهي في العدة، فجعلنا لها الميراث: كانت عدتها أبعدَ الأجلين من أربعة أشهر وعشراً، أو ثلاث حِيَض، في قول أبي حنيفة ومحمد)[1].

وذلك لأن حدوث الموت لا يبطل عدة المبتوتة الواجبة بالطلاق، وتجب عليها أيضاً عدة المتوفىٰ عنها زوجها؛ لأنها قد صارت في حكم المتوفىٰ عنها زوجها في باب استحقاق الميراث.

فلما حكمنا لها من هذا الوجه بحكم الأزواج، وجب أن تكون عليها عدة الوفاة.

(وقال أبو يوسف: عدتها ثلاث حِيَض لا غير).

لأن الميراث مستَحَقٌّ بالفرار، لا بالزوجية في هذه الحال.

مسألة : [تعليق الطلاق بالحيض]

قال[2]: (وإذا قال لزوجته أنت طالق إن حضت، فقالت: قد حضت: صُدِّقت)[3].

---

(١) انظر البناية شرح الهداية ٤/٧٧٩.

(٢) مختصر الطحاوي ص٢٠٤.

(٣) انظر المبسوط ٦/١٠٣-١٠٤.

لأن ذلك شيء يخصها من أمر نفسها لا يطلع عليه غيرها، فكان قولها فيه كالبينة فيما يخصها.

والدليل عليه: أنها إذا قالت: أنا حائض، لم يَحِلَّ لزوجها وطؤها، وإذا قالت: قد طهرت: حلَّ له وطؤها.

وكذلك لو قالت: قد انقضت عدتي: حلَّت للأزواج، وبطلت رجعة الزوج، فجُعِلَ قولها فيما يخصُّها كالبينة.

[مسألة:]

(ولو قال: إذا حضتِ فامرأتي الأخرىٰ طالق، أو قال: فعبدي حر، فقالت: قد حضت، فإن صَدَّقها: حَنِثَ، وإن لم يصدِّقها: لم يحنث)[1].

وذلك لأنها مخبِرةٌ عن نفسها، شاهدةٌ في حقِّ غيرها، ولا تُقبل شهادتها وحدها في إيقاع العتق، وخبرُها مقبول فيما يخصها، وهو طلاقها وما يتعلق بها من أحكامها.

والقياس يمنع تصديقها في شيء من ذلك، إلا أنهم تركوا القياس فيما يخصها ويتعلق بها من ذلك، اعتباراً بسائر الأصول التي ذكرنا من تصديقها علىٰ الحيض، وانقضاء العدة ونحوها، فإذا صِرْنا إلىٰ حق غيرها: صار بمنزلة قولها: قد دخلت الدار، إذا علق الزوج عتقه بدخولها: فلا تُصدَّق.

مسألة:

(وإذا قال: إذا حضتِ فأنت طالق: وقع الطلاق عليها برؤية الدم إذا

(١) المرجع السابق.

استمرَّ بها مقدار أقلِّ الحيض)[١].

وذلك لأن الحيض وجود الدم الذي هذه صفته، وقد وُجد، فَوَقَع.

مسألة :

(ولو قال: إذا حضتِ حيضة، فأنت طالق: لم تطلق حتىٰ ترىٰ الدم وتطهر).

لأن الحيضة اسمٌ لها بكمالها، ووجود الجزء منها لا يسمىٰ حيضة.

ويدل عليه قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم في السبايا: «لا توطأ حامِل حتىٰ تضع، ولا حائل حتىٰ تُستبرأ بحيضة»[٢].

فعُقل منه وجودها بكمالها إلىٰ أن تطهر منها.

مسألة : [تعليق طلاق امرأتين بالحيض والولادة]

قال : (وإذا قال لامرأتيه: إذا حِضتما حيضة فأنتما طالقان، أو قال: إذا ولدتما ولداً فأنتما طالقان: كان ذلك علىٰ حيضة، أو ولدٍ يكون من إحداهما).

وذلك لأنه لما استحال وجود حيضة واحدة، أو ولد واحد منهما، علمنا أنَّ المراد وجوده من إحداهما، كقوله تعالىٰ: ﴿يَخْرُجُ مِنْهُمَا ٱللُّؤْلُؤُ

---

(١) انظر المبسوط ٦/١٠٢.

(٢) سنن أبي داود ٢/٦١٤ ـ ح٢١٥٧، سنن الترمذي ٤/١٣٣، وقال: هذا حديث غريب.

وَٱلْمَرْجَانُ ﴾[١]، وإنما يخرج من إحداهما.

وكقوله: ﴿ يَـٰمَعْشَرَ ٱلْجِنِّ وَٱلْإِنسِ أَلَمْ يَأْتِكُمْ رُسُلٌ مِّنكُمْ ﴾[٢]، والرسل من الإنس دون الجن.

وكما قال النبي صلىٰ الله عليه وسلم لمالك بن الحويرث، ولابن عم له: «إذا سافرتما فأذِّنا وأقيما، وليؤمُّكما أحدُكما»[٣]، وإنما يؤذِّن ويقيم أحدُهما.

فلما وجدنا للكلام وجهاً صحيحاً نحمله عليه، لم نُلْغِه.

مسألة: [الطلاق عن طريق ضرب الأعداد والحساب]

(ومن قال لامرأته: أنت طالق اثنتين في اثنتين، فإن نوىٰ الضرب والحساب: فهي اثنتان).

وذلك لأن الاثنتين لا يكون أبداً أكثر من اثنتين وإن نوىٰ ضرباً في غيرهما[٤].

فإن قال قائل: اثنتان في اثنتين أربعة.

قيل له: الزوج إنما أوقع الاثنتين الأُوليين، وضَرْبُهما في أُخريين لا

---

(١) الرحمن: ٢٢.

(٢) الأنعام: ١٣٠.

(٣) سنن الترمذي ٣٩٩/٤ ـ ٢٠٥، وقال: هذا حديث حسن صحيح، سنن النسائي: ٨/٢.

(٤) ينظر البناية ٤١٧/٤.

يُخرجهما من أن يكونا اثنتين، فلذلك كان علىٰ ما وصفنا.

* (فإن نوىٰ اثنتين واثنتين: كانت ثلاثاً إذا كان مدخولاً بها).

لأن: في: قد تقوم مقام: معاً: كقول الله تعالىٰ: ﴿فَٱدۡخُلِي فِي عِبَٰدِي﴾[(١)]: معناه: مع عبادي.

مسألة : [مايعتبر في الطلاق والعدة حال اختلاف الزوجين رقّاً وحريةً]

قال : (والطلاق بالنساء، والعِدَّة بالنساء)[(٢)].

قال أبو بكر : روي ذلك عن علي بن أبي طالب، وعبد الله بن مسعود، وابن عمر، وإحدىٰ الروايتين عن ابن عباس[(٣)].

ومعناه: أنَّ طلاق الأمة ثنتان، حراً كان زوجها أو عبداً، وعدتَها حيضتان.

* وقال عثمان بن عفان، وزيد بن ثابت، وابن عباس في رواية[(٤)]: الطلاق بالرجال، والعدة بالنساء، يعني أنَّ الزوج إذا كان عبداً: فطلاقه تطليقتان، حرة كانت امرأته أو أمة، والعِدَّة بالنساء، يعني أنها إذا كانت أمة: فعدتها علىٰ النصف من عدة الحرة.

والعدة لا خلاف فيها أنها بالنساء، وإنما الخلاف في الطلاق.

والحجة للقول الأول: ما حدثنا محمد بن بكر قال: حدثنا أبو داود

---

(١) الفجر: ٢٩.

(٢) انظر بدائع الصنائع ٤/١٧٨٥، الاختيار ٢/١٨٤.

(٣) انظر الأقوال بالتفصيل: السنن الكبرىٰ ٧/٣٨٨.

(٤) المرجع السابق.

قال: حدثنا محمد بن مسعود قال: حدثنا أبو عاصم عن ابن جريج عن مظاهر بن أسلم عن القاسم بن محمد عن عائشة عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال: «طلاق الأمة تطليقتان، وقرؤها حيضتان»[1].

قال أبو عاصم: فحدثني مظاهر قال: حدثني به القاسم عن عائشة عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم مثله، إلا أنه قال: «وعِدَّتُها حيضتان»[2].

قال أبو بكر: سمعه أبو عاصم من ابن جريج، ثم رأىٰ مظاهراً فسمعه منه[3].

وحدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا محمد بن شاذان قال: حدثنا معلىٰ قال: حدثنا عمر بن شبيب عن عبد الله بن عيسىٰ عن عطية عن ابن عمر عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال: «تطليق الأمة تطليقتان، وعدتها حيضتان»[4].

وذلك عمومٌ في حكم طلاقها، حراً كان زوجها أو عبداً.

---

(١) أبو داود ٢/٦٣٩، ٢١٨٩. وقال: وهو حديث مجهول، سنن الترمذي ٣/٤٨٨ ـ ح١١٨٢. وقال الترمذي: حديث عائشة حديث غريب، لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث مظاهر بن أسلم، ومظاهر: لا نعرف له في العلم غير هذا الحديث، وقال: والعمل علىٰ هذا عند أهل العلم.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) تهذيب التهذيب ١٠/١٨٣، وقال ابن حجر في التقريب ٢/٢٥٥. مظاهر بن أسلم المدني ضعيف من السادسة.

(٤) بمعناه رواه ابن ماجه ١/٦٧١ـ ح٢٠٧٩، وفي الزوائد: في إسناده: عطية العوفي: متفق علىٰ تضعيفه.

ومن جهة النظر: أنَّ العدة لما كانت بالنساء بالاتفاق، وجب أن يكون الطلاق بهن، والمعنىٰ الجامع بينهما: أنَّ كل واحد منهما حُكْمٌ يلحق المرأة، فتصير به مطلقة ومعتدة.

وأيضاً: وجدنا للرق تأثيراً في نقصان الحد، كهي في نقصان الطلاق، ثم اتفقنا علىٰ أنَّ اعتبار الحد بمَن يقع به، لا بمَن يوقِعه.

ألا ترىٰ أنَّ القاذف إذا كان عبداً، كان حده علىٰ النصف من حد الحر؛ لأنه هو الذي يقع به الحد، ولا نعتبر مَن يوقعه وهو الحاكم، فوجب أن يكون الاعتبار في الطلاق بمَن يقع عليه، لا بمَن يوقعه.

والمعنىٰ الجامع بينهما: أنَّ الرق له تأثير في نقصان الطلاق، كما له تأثير في نقصان الحد.

وأيضاً: وجدنا مَن يملك الثلاث، يملك جمعها وتفريقها في المدخول بها، فلما وجدنا الحد إذا كانت امرأته أمة، لا يملك تفريق الثلاث في الأطهار المتفرقة بحال متىٰ أراد تفريقها للسنة، علمنا أنه لا يملك الجمع، كالأمة إذا كانت تحت عبدٍ، لما لم يملك التفريق، لم يملك الجمع.

فإن قيل: فالحامل تطلق ثلاثاً للسنة عندك، ولا يملك التفريق ولو وضعت قبل إيقاع الثلاث بالشهرين.

قيل له: قد يملكه بحال، وهو أن يبقىٰ حَمْلُها إلىٰ مضيٍّ ثلاثة أشهر، والأمة لا يملك منها تفريق الثلاث بحال.

مسألة : [تحليل الزوجة النصرانية]

قال : (وجِماع الزوج النصرانيِّ للمرأة النصرانية يُحِلُّها للزوج الأول

المسلم)[١].

لقوله تعالىٰ: ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ﴾[٢]، وهذا زوجٌ بنكاح صحيح.

وأيضاً: هو كالمسلم في صحة وقوع الطلاق عن نكاح صحيح، فوجب أن يكون حكمه كحكمه.

وأيضاً: قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «حتىٰ تذوقي عسليته، ويذوق عسيلتك»[٣].

فكل مَن وُجد ذلك منه بعقدِ نكاحٍ: حلَّت للأول.

مسألة: [لزوم النسب لو طلق قبل الدخول وجاءت بولد لأقل من ستة أشهر]

قال: (ومَن طلَّق امرأةً قبل الدخول بها، فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم طلق: لزمه، وإن جاءت به لستة أشهر أو أكثر: لم يلزمه)[٤].

وذلك لأنها إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر، فقد علمنا كون

---

(١) انظر أحكام القرآن للقرطبي ٣/١٥١، وخالف الإمام مالك جمهور الأئمة، وقال: لا يحلها.

(٢) البقرة: ٢٣٠.

(٣) صحيح البخاري ٦/١٦٦، صحيح مسلم ٢/١٠٥٥ـ ح١٤٣٣، شرح السنة ٩/٢٣٢.

(٤) انظر المبسوط ٦/٥٠.

العلوق في حال الفراش، وأنها طُلِّقت وهي حامل، وكون العلوق في الفراش يوجب ثبوت النسب، لقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم «الولد للفراش»[(١)].

وإذا جاءت به لستة أشهر، فهذا حملٌ قام بعد زوال الفراش، وبعدما صارت أجنبية: فلا يلحق نسبه بالزوج.

مسألة: [لزوم النسب إذا طلق بعد الدخول وجاءت بالولد لأقل من سنتين]

قال[(٢)]: (فإن كان دخل بها: لزمه ولدها ما بينها وبين أقل من سنتين منذ طلَّق)[(٣)].

وذلك لأن عليها عدةً، فما لم تجىء بحمل يُتيقَّن حدوثه بعد البينونة: فهو لازم له، فإذا جاءت به في السنتين فلم يتيقن حدوثه بعد البينونة: فيلزمه.

وأما إذا جاءت به بعد سنتين، فقد علمنا أنَّ الحمل حادث بعد البينونة، وزوال الفراش: فلا يلحق به، وذلك لأن أكثر الحمل عندنا سنتان، وذلك لأن الله تعالىٰ غيَّب عنا علم ما في الأرحام بقوله تعالىٰ ﴿وَيَعۡلَمُ مَا فِي ٱلۡأَرۡحَامِۖ﴾[(٤)]، فلا سبيل لنا إلىٰ معرفة مدة بقاء الحمل في بطن

---

(١) صحيح البخاري ٨/٩، صحيح مسلم ٢/١٠٨٠ـ ح١٤٥٧.

(٢) مختصر الطحاوي ص٢٠٤.

(٣) انظر المبسوط ٦/٥٠.

(٤) لقمان: ٣٤.

الأم إلا[١] من طريق التوقيف والاتفاق، وقد حصل الاتفاق في السنتين، فأثبتناه فيهما.

واختلفوا فيما زاد، ولم يرد به توقيف: فلم يثبت.

مسألة:

قال أبو جعفر: (فإن كانت قد أقرَّت بانقضاء العدة، ثم جاءت بولد لستة أشهر منذ يوم أقرَّت بذلك: لم يثبت النسب وإن كانت في السنتين)[٢].

من قِبَل أنها لما أقرَّت بذلك، صارت أجنبيةً، وارتفع بذلك حكم فراشها، فلا يلحقه نسب ولدها.

وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ يوم أقرت بانقضاء العدة: ثبت النسب إذا جاءت به في السنتين، وذلك لأنا قد تيقنا بطلان إقرارها بانقضاء عدتها، لكونها حاملاً وقت الإقرار.

وهذا حكم كل معتدة بما يوجب الفرقة وقطع النكاح، كالمتوفىٰ عنها زوجها، والمعتدة من النكاح الفاسد، وأم الولد إذا أُعتقت.

مسألة: [لو جاءت المطلقة الصغيرة بولد]

قال أبو جعفر: (ومَن طلق امرأته وهي ممن لا تحيض من صِغَرٍ، ثم جاءت بولد ما بينه وبين أقل من تسعة أشهر: فإنه يلزمه النسب[٣].

---

(١) (إلا): ساقطة من النسخ، ويقتضيها السياق.

(٢) انظر المبسوط ٦/٥٠.

(٣) انظر المبسوط ٦/٥١، الهداية مع شرح فتح القدير ٤/٣٥٣.

وإن كان تسعة أشهر أو أكثر: لم يلزمه في قول أبي حنيفة ومحمد، وهو قول أبي يوسف الذي رواه عنه محمد.

وروىٰ أصحاب الإملاء عنه: أنه يلزمه فيما بينه وبين أقل من سنتين، إلا أن تُقِرَّ بانقضاء العدة قبل ذلك، فيلزمه فيما بينه وبين أقل من ستة أشهر بعد إقرارها بانقضاء العِدّة)[١].

قال أبو بكر: الذي رواه محمد في الأصول عن أبي يوسف هو الذي ذكره أبو جعفر عن أصحاب الإملاء، وعسىٰ أن يكون الذي ذكر أنَّ محمداً روىٰ عنه هو الذي روىٰ عنه أصحاب الإملاء.

وجه قول أبي حنيفة ومحمد: أنها لما كانت صغيرة، وكانت عدتها ثلاثة أشهر، فصار[٢] مضي ثلاثة أشهر كإقرار المعتدة الكبيرة بانقضاء العدة، فإذا جاءت بولد لستة أشهر: لم يلزمه؛ لأنها جاءت بحمل حادث بعد ما صارت أجنبية.

وجعلها أبو يوسف كالكبيرة في اعتبار إقرارها، وذلك لأنها وإن كانت صغيرة في حال الطلاق، فجائز أن تبلغ في العدة، فتنتقل عدتها إلىٰ الحِيَض، فاعتبرنا من أجل ذلك إقرارها بانقضاء عدتها كالكبيرة.

وأما أبو حنيفة فقال: هي مفارقة للكبيرة؛ لأنها باقية علىٰ حال الصغر حتىٰ نعلم انتقالها إلىٰ حال الكبر، فلا يجب اعتبار قولها، إذ هي صغيرة لا قول لها، وأما الكبيرة فلها قول صحيح، فلزم اعتبار قولها.

---

(١) المرجع السابق.

(٢) في (ق.ج): «فجعل».

مسألة : [حكم ما جاءت به المطلقة بعد الزواج الثاني]

قال أبو جعفر : (وهذا كله ما لم تتزوج المرأة، فإن كانت قد تزوجت رجلاً، ثم جاءت بولدٍ بعد ذلك لستة أشهر فصاعداً: كان من زوجها الثاني)[1].

وذلك لأن تزويجها إقرار منها بانقضاء العدة؛ لأن عقد نكاحها محمول علىٰ الصحة، ولا يكون صحيحاً إلا مع انقضاء عدتها، فتصير كأنها أقرت بانقضاء العدة، ثم تزوجت، فيجوز نكاحها، وقد جاءت بولدٍ لحمل تام بعد النكاح، فيلحق بالزوج الثاني.

[مسألة :]

قال : (وإن كان لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني: لم يكن للثاني.

ثم يُنظَر: فإن كانت جاءت به لأقل من سنتين منذ طلقها الأول: فهو من الأول).

وذلك لأنا قد علمنا أنه تزوجها وهي حامل من غيره، فلم يثبت النسب منه، لكون العلوق في غير فراشه، ولم يكن للتزويج حكم بإقرارها بانقضاء العدة.

ألا ترىٰ أنها لو أقرت بانقضاء العدة، ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم أقرت: فإنه يلزم الزوج في السنتين؛ لأنا قد علمنا بطلان إقرارها بذلك حين كانت حاملاً وقت الإقرار، فكذلك ما وصفنا، لمَّا حكمنا ببطلان نكاح الثاني، صارت كأنها لم تتزوج، فكانت عدتها من

---

(١) انظر بدائع الصنائع ٤/٢٠٥.

الأول ثابتة[١].

* **قال**: (وإن كانت لأكثر من سنتين منذ طلقها الأول: لم يكن ابن الأول، ولا ابن الآخر)[٢].

لأنا قد علمنا أنه حَمْلٌ حادث بعد طلاق الأول، وحدث قبل نكاح الثاني، فلم يلزم الأول؛ لأنه وُضع بعد انقضاء الفراش، ولم يلزم الثاني لأنه قد كان ابتدأ حدوثه قبل نكاحه.

قال أبو بكر: وهذا إذا كان الطلاق بائناً، فإن كان الطلاق رجعياً وجاءت به لأكثر من سنتين، ولم تقر بانقضاء العدة، ولم تتزوج: فإنه يلزم الزوج؛ لأن ذلك حُكْمٌ بوطئه إياها بعد الطلاق، فتصير رجعية.

مسألة: [الطلاق في عدة طلاق بائن]

قال: (ومَن طلق امرأته طلاقاً بائناً بخلع أو غيره، ثم طلَّقها في العدة بصريح الطلاق: طلقت)[٣].

قال أبو بكر: روي هذا القول عن ابن مسعود، وعمران بن حصين، وأبي الدرداء، وسعيد بن المسيب، وإبراهيم، والزهري.

وقال ابن عباس: وابن الزبير، وجابر بن زيد، والشعبي، وطاوس: لا

(١) في (ق.ج): «باقية».

(٢) انظر تفصيل المسألة في بدائع الصنائع ٤/٢٠٥١.

(٣) انظر أحكام القرآن للجصاص ١/٣٩٦.

يلحقها طلاق وإن كانت في العدة[١].

وقال الحسن، وعطاء، وأبو سلمة بن عبد الرحمن، وثوبان: إن طلقها في مجلسه: وقع، وإلا: لم يقع[٢].

والدليل على صحة القول الأول: قول الله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ تِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعۡتَدُوهَاۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴿٢٢٩﴾ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ﴾[٣].

ودلالتها على صحة قولنا من وجهين:

أحدهما: أنَّ قوله: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾: ينتظم البائن والرجعي، وقوله: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا﴾: عائد عليهما.

وذِكْرُه لحكم الرجعة، والفرقة، والإمساك في قوله: ﴿فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ﴾، لا ينفي اعتبار عموم اللفظ في البائن والرجعي؛ لأن ذلك

(١) انظر السنن الكبرى للبيهقي: ٣١٧/٧، شرح السنة للبغوي ١٩٦/٩، البناية شرح الهداية ٦٦٠/٤.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) البقرة: ٢٢٩-٢٣٠.

بعض ما انتظمه اللفظ، كقوله تعالىٰ: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى﴾[1]، وهو عموم في سائر القتلىٰ، ثم قوله: ﴿الْحُرُّ بِالْحُرِّ﴾: لا ينفي اعتبار عموم اللفظ في غيره؛ لأن ذلك بعض ما اشتمل عليه اللفظ.

وكقوله: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ﴾[2]: أنه عموم في البائن والرجعي، وقوله: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ﴾: أحد ما اشتمل عليه اللفظ الأول، فلا يوجب تخصيصه واقتصاره علىٰ حكمه دون غيره.

والوجه الآخر من دلالة الآية: قوله: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾[3]، ومعلوم أنَّ الخلع يوجب البينونة، وقال: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ﴾: فأجاز الطلاق بعد الخلع[4].

فإن قال قائل: ذَكَر الخلعَ بعد التطليقتين، فلو كان قوله: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا﴾: بعد الخلع، لكانت رابعة؛ لأن الخلع أيضاً تطليقة.

قيل له: ليس هو كما ظننت؛ لأن تقرير الآية: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ﴾، فذكر حكم الثنتين إذا مَلَكَ فيهما الرجعة، ثم قال: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾: يعني بأن تكون التطليقتان علىٰ وجه الخلع، ثم قال:

---

(١) البقرة: ١٧٨.

(٢) البقرة: ٢٢٨.

(٣) البقرة: ٢٢٩.

(٤) انظر الهداية مع البناية ٤/٦٦٠.

﴿ فَإِن طَلَّقَهَا ﴾: يعني بعد الفدا من الثنتين، ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ﴾، فدل علىٰ وقوع الطلاق بعد الخلع.

ومن جهة النظر: أنه ليس بشرط وقوع الطلاق إيجاب التحريم به؛ لأن الثانية بعد الأولىٰ الرجعية واقعة مادامت في العدة، وهي لا توجب تحريماً، فلا اعتبار بجهة التحريم في صحة وقوعه، فدل ذلك علىٰ أنَّ شرط وقوعه أن يصادفها صريح الطلاق وهي محبوسة عليه بحكم عقد صحيح، فيوقع ما بقي من طلاق الملك، بدلالة ما ذكرنا من وقوع الثانية بعد الطلاق الرجعي مع بقاء العدة.

فإن قيل: لما كانت بائنةً منه، أشبهت الأجنبية في أنَّ الطلاق لا يلحقها.

قيل له: الأجنبية ليست محبوسة عليه بحكم عقد، وهذه محبوسة عليه، وأحكام عَقْدها قائمة في لحاق النسب، وتحريم الأزواج، ووجوب السكنىٰ، والنفقة.

فإن قيل: لو قال: نسائي طوالق: لم تطلق هذه، وقال الله تعالىٰ: ﴿إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ﴾، فإذا لم تكن من نسائه: لم يلحقها طلاقه.

قيل له: ليست هذه من نسائه علىٰ الإطلاق، فيتناوله إطلاق اللفظ، ولا يمنع ذلك وقوع طلاقها إذا قصدها به، ألا ترىٰ أنه لو قال: عبيدي أحرار، لم يدخل مكاتَبه في العتق، ولو قَصَده بالعتق: أُعتق.

وأما قوله عز وجل: ﴿إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ﴾، وهي من النساء، ولو احتججنا بعموم ذلك في وقوع طلاقها: جاز وصحَّ؛ لأنه لم يشرط أن

تكون النساء مضافات إلىٰ المطلِّق.

فصل:

وأما الكنايات التي توجب البينونة: فإنها لا تلحق البائن، من قِبَل أنَّ مِن شَرْطها أن لا تقع باجتماع اللفظ والنية في صحة الإيقاع.

ألا ترىٰ أنه لو وُجد منه اللفظ من غير نية: لم يعمل، ولو نوىٰ الإيقاع، ولم يلفظ به: لم يقع.

فلما احتيج في إيقاعها إلىٰ اجتماع الأمرين، ونحن متىٰ أوقعناها لم نوجب بها بينونة، فقد ألغينا حكم اللفظ، ومتىٰ سقط حكم اللفظ: لم يقع به طلاق؛ لأن النية إذا عريت من اللفظ: لم يقع بها شيء.

وأما صريح الطلاق فليس يحتاج في إيقاع الطلاق به إلىٰ نية، ومتىٰ أوقعناه، فإن شرط إيقاعه نقصان العدد فيمن هي محبوسة عليه عن عقد صحيح، وقد نقص العدد بوقوعه، فلذلك صحَّ إعماله.

* * * * *

باب الرَّجْعَة

مسألة : [الرجعة في الطلاق الرجعي]

قال[١] : (ومَن طلق امرأته طلاقاً رجعياً: فله أن يراجعها في العدة، ويتوارثان ما بقيت العدة)[٢].

لقول الله تعالىٰ: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ﴾[٣]، فأفادنا بذلك معنيين:

أحدهما: أنه سماه بَعْلاً بعد الطلاق، وقال الله تعالىٰ: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَٰجُكُمْ﴾[٤].

والثاني: أنه جعَله أحق بها في العدة.

وقال تعالىٰ: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ﴾[٥]، فأجاز له الإمساك بعد الطلاق.

---

(١) مختصر الطحاوي ص٢٠٥.

(٢) انظر المبسوط ١٩/٦، شرح فتح القدير ١٥٨/٤، ابن عابدين ٣٩٧/٣.

(٣) البقرة: ٢٢٨.

(٤) النساء: ١٢.

(٥) البقرة: ٢٢٩.

وقال: ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾[1]، والمعنىٰ مقاربة بلوغ الأجل، لا حقيقة بلوغه؛ لأنه لو أراد الحقيقة لَمَنَع الرجعة، لقوله تعالىٰ في آيةٍ أخرىٰ: ﴿فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ ﴾[2]، وذلك علىٰ بلوغه علىٰ الحقيقة.

مسألة : [الإشهاد علىٰ الرجعة]

قال : (ولا ينبغي أن يسافر بها حتىٰ يُشهِد علىٰ رجعتها)[3].

قال أبو بكر : وإنما صحت الرجعة بغير إشهاد، لقول الله تعالىٰ: ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ ﴾، وقال: ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾، وقال: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾[4].

فأجاز الرجعة في هذه الوجوه من غير ذكر إشهاد، فوَجَبَ جوازها لعموم هذه الآيات.

فإن قيل: فقد شرَطه في آية أخرىٰ، وهو قوله: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾[5].

قيل له: لا دلالة فيه علىٰ وجوب الإشهاد عند الرجعة، وأنه شرطٌ

---

(١) الطلاق: ٢.

(٢) البقرة: ٢٣٢.

(٣) انظر المبسوط ١٩/٦، شرح فتح القدير ١٦٢/٤.

(٤) البقرة: ٢٢٩.

(٥) الطلاق: ٢.

فيها؛ لأن قوله: ﴿وَأَشْهِدُواْ﴾: كلامٌ مستأنَف بعد ذكر الرجعة، فجائز أن يراجع، ثم يُشهد، فيكون موافقاً لمعنىٰ الآية.

ويدل عليه قول الله تعالىٰ: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾، ثم قال: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾(١)، ومعلوم أنَّ الإشهاد مأمور به في الأمرين جميعاً، من الإمساك أو الفراق، وليس الإشهاد مع ذلك شرطاً في وقوع الفرقة، فكذلك ليس بشرط في صحة الإمساك.

وأيضاً: فإن الرجعة حق له، وليس في الأصول كون الإشهاد شرطاً في استيفاء حق الإنسان لنفسه.

وأيضاً: لما صحت الفرقة بغير إشهاد، كانت الرجعة كذلك، إذ كل واحد منهما(٢) متعلق بفعله دون غيره.

* وإنما كُره له إخراجها حتىٰ يُشْهِد علىٰ رجعتها، لقول الله تعالىٰ: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ﴾(٣).

فإن قال قائل: هلاّ جعلتَ إخراجه إياها إلىٰ السفر رجعة منه، كالوطء والقُبلة؛ لأنه لا يجوز أن يسافر بها حتىٰ يراجع.

قيل له: لو كان كذلك، لوجب أن يكون لو أخرجها من منزله أن يكون رجعة، لأنه ليس له إخراجها حتىٰ يراجع، ولا خلاف أنه لو

---

(١) الطلاق: ٢.

(٢) في الأصل: «إذ جميعاً»، والمثبت من (ق.ج).

(٣) الطلاق: ١.

أخرجها من منزله ولم يسافر بها: لم يكن مراجِعاً.

وأما الوطء والقبلة ونحوها، فإنما كان رجعة؛ لأنه يختص بالإمساك علىٰ النكاح، فصار تمسكاً بها.

والإخراج إلىٰ السفر ليس مخصوصاً بالنكاح، ألا ترىٰ أنَّ المرأة تسافر مع ذوي مَحْرَمها.

مسألة: [اختلاف الزوجين في انقضاء العدة والرجعة]

قال أبو جعفر: (وإذا قال لها: قد راجعتُك، فقالت: قد انقضت عدَّتي: لم تُصدَّق، ولزمتها الرجعة)[1].

قال أبو بكر: هذا علىٰ وجهين:

إن قالت مجيبة له عقيب كلامه: قد انقضت عدتي: فهو علىٰ الخلاف:

قال أبو حنيفة: لا تثبت الرجعة، والقول قولها.

وقال أبو يوسف ومحمد: تصح الرجعة.

وإن سكتت عن ذلك، ثم قالت بعدما تراخىٰ الوقت: قد انقضت عدتي: لم تُصَدَّق، وصحت الرجعة في قولهم جميعاً، ولم يذكر أبو جعفر هذا التفصيل.

* وأما وجه قول أبي حنيفة في مسألة الخلاف: فهو أنها لما كانت مصدَّقة علىٰ انقضاء العدة، وكان معلوماً أنَّ قولها: قد انقضت عدتي، إنما هو إخبار عن حال ماضية غير موجودة في الوقت، صار حال انقضاء عدتها في التقدير متقدِّماً لقول الزوج: قد راجعتُك، فصار كأن المرأة

(١) انظر المبسوط ٦/٢٤، بدائع الصنائع ٥/١٩٨٥.

قالت: قد انقضت عدتي، ثم قال: قد راجعتك: فلا تصح الرجعة.

وأما إذا تراخىٰ الوقت، فقد صحت الرجعة من الزوج حين سكتت عن الإخبار بانقضاء العدة، فإذا قالت بعد ذلك: قد انقضت عدتي، فإنما قالته بعد حُكْمنا بصحة الرجعة، وبطلان العدة، فلا يُلتفت إلىٰ قولها.

وأيضاً: يحتمل أن تكون عدتها انقضت بعد قول الزوج: قد راجعتك فيما بينه وبين قولها: قد انقضت عدتي، فلا تمنع صحة الرجعة.

مسألة:

قال: (ولو قالت المرأة: قد انقضت عدتي، فقال: قد راجعتك قبل ذلك: لم يُصَدَّق، وكانت بائناً منه)[1].

وذلك لأنها لما قالت: قد انقضت عدتي: بانت وبطلت العدة، فقوله: قد راجعتك: إن أراد به إيقاع رجعةٍ في الحال: لم تصح؛ لأن الرجعة لا تصح إلا مع بقاء العدة.

وإن قال: كنت راجعتك قبل ذلك[2]: لم يُصدَّق؛ لأنه غير مالك للرجعة في حال الإقرار، وإقرار الإنسان بما لا يملكه لا يجوز.

ألا ترىٰ أنَّ مَن باع عبداً، ثم قال: قد كنت أعتقته قبل البيع: لم يُصدَّق، لأنه أقرَّ بما لا يملكه من العتق.

وليس هذا مثل أن يقول وهي في العدة: كنت راجعتك أمس، فيُصدَّق؛ لأنه كان مالكاً للرجعة في حال الإقرار، فإنما أقرَّ بما يملكه،

---

(١) انظر بدائع الصنائع ٤/١٩٨٤.

(٢) في (ق.ج): «أمس».

فجاز إقراره.

مسألة : [تصديق المرأة في انقضاء العدة]

قال : (وإنما تُصدَّق المرأة في انقضاء العدة فيما قد يجوز فيه ما قالت، فأما ما لا يجوز فيه ما قالت، فإنها غير مصدَّقة فيه[١].

قال: وأقل المدة التي تُصدَّق فيها في ذلك في قول أبي حنيفة: ستون يوماً، ويختلف عنه في تفسيرها[٢].

فأما أبو يوسف فذكر عنه أنه قال: اجعلها طاهراً خمسة عشر يوماً، وحائضاً خمسة أيام، وطاهراً خمسة عشر يوماً، وحائضاً خمسة أيام، وطاهراً خمسة عشر يوماً، وحائضاً خمسة أيام[٣].

قال : وأما الحسن بن زياد فذكر عنه أنه قال: أجعلها حائضاً عشرة أيام، وطاهراً خمسة عشر يوماً، وحائضاً عشرة أيام، وطاهراً خمسة عشر يوماً، وحائضاً عشرة أيام)[٤].

وإنما اعتبر أبو حنيفة شهرين في ذلك، ولم يعتبر أقل ما يكون من الطهر والحيض؛ لأنه خلاف العادة، فلا تُصدَّق في انقضاء عدتها علىٰ خلاف المعتاد، وقد جعل الله تعالىٰ عدة الآيسة والصغيرة ثلاثة أشهر، فأقام كل شهر مقام حيضة.

---

(١) انظر البناية ٤/٧٩٣.

(٢) بدائع الصنائع ٤/٢١٠٣.

(٣) المرجع السابق.

(٤) انظر بدائع الصنائع ٤/٢٠١٤.

وقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم لحِمْنة بنت جَحْش: «تحيَّضي في علم الله ستاً أو سبعاً، كما تحيض النساء في كل شهر»[١].

فجعل الأشهر الأعم من عادة النساء وجود الحيضة في كل شهر، إلا أنه مع ذلك قد يتفق في العادة وجود ثلاث حِيَض في شهرين، فحمله علىٰ ذلك.

ولأن الشهرين واسطة بين الأقل وبين الأكثر في العادة فاعتبرهما.

* وأما اعتبار أبي حنيفة في رواية أبي يوسف: فإن وجهه أنَّ مَن أراد أن يطلق للسنَّة، فإنه يقصد إلىٰ الإيقاع بعد أن تطهر من حيضها، فجعل الطلاق واقعاً في أول الطهر، ثم جعله خمسة عشر يوماً، وهو أقل الطهر، لأنه لا نهاية لأكثره، وجعل الحيض خمسة: نصفَ أكثر الحيض، وهو عشرة.

* وأما اعتبار رواية الحسن بن زياد، فإنه جعلها كأنها حاضت عقيب الطلاق، فجعل حيضها عشرة، وطهرها بعد ذلك خمسة عشر يوماً؛ لأنه لا نهاية لأكثره.

* وأما أبو يوسف ومحمد: فحَمَلا الأمر فيه علىٰ الصحة علىٰ أقل ما يمكن أن يكون الحيض والطهر، وهو ثلاث حِيَض، وخمسة عشر طهراً، وثلاث حِيَض، وخمسة عشر طهراً، وثلاث حِيَض، فذلك تسعة وثلاثون يوماً.

---

(١) هذا جزء من حديث طويل ذكره المؤلف بالمعنىٰ، والحديث في سنن أبي داود ١/١٩٩ـ ح٢٨٧، سنن الترمذي ١/٢٢١ ـ ح١٢٨، وقال: «هذا حديث حسن صحيح»، وشرح السنة للبغوي ٢/١٤٨.

[انقضاء العدة بعد الولادة والرجعة]

قال أبو جعفر[1]: (ولو كان طلقها عقيب الولادة، فإنها لا تُصدَّق علىٰ انقضاء العدة في أقل من خمسٍ وثمانين يوماً في رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة)[2].

قال أبو بكر: وذلك لأن من أصل أبي حنيفة: أنَّ الطهر خمسة عشر يوماً في الأربعين التي هي مدة النفاس، لا يفصل بين الدمين، ويكون الجميع كأنه دم متصل.

فلا يمكن علىٰ أصله أن يكون النفاس في هذا الموضع أقل من خمسةٍ وعشرين يوماً، لأنه إن جعله أقل من ذلك، ثم طهرت خمسة عشر يوماً، ثم عاودها الدم في الأربعين: كان ذلك كله نفاساً.

فجعل النفاس خمسة عشر يوماً، ثم طهرت خمسة عشر يوماً إلىٰ تمام الأربعين، فيكون الدم الموجود بعد الأربعين حيضاً.

فقد علمتَ أنَّ ما يُحتسب به من العدة هو ما بعد الخمسة وعشرين يوماً، فيحسب شهرين من ذلك الوقت علىٰ ما بينا فيما تقدم من رواية أبي يوسف، فيكون جميع ذلك خمسة وثمانين يوماً.

* وأما في تقدير رواية الحسن بن زياد علىٰ اعتبار الشهرين: فإنها لا

---

(١) مختصر ص٢٠٦.

(٢) وذكر صاحب بدائع الصنائع رواية الإمام محمد هذه عن أبي حنيفة، ونقل قول أبي يوسف، فقال: «وقال أبو يوسف: لا تصدق في أقل من خمسة وستين يوماً». انظر بدائع الصنائع ٤/٢٠١٥.

تصدق في أقل من مائة يوم[١]؛ لأنها تكون نفساء خمسة وعشرين يوماً، وطاهراً خمسة عشر يوماً، وحائضاً عشرة أيام، وطاهراً خمسة عشر يوماً، وحائضاً عشرة أيام، وطاهراً خمسة عشر يوماً، وحائضاً عشرة أيام[٢]، فذلك مائة يوم.

* وأما أبو يوسف: فلا يُصدِّقها في أقل من خمسةٍ وستين يوماً[٣]، لأنها نفساء أحد عشر يوماً أكثر من الحيض؛ لأن مدة النفاس في العادة أكثر من مدة الحيض، وإن كان قد تكون ساعة، ثم جعلها طاهراً خمسة عشر يوماً، وحائضاً ثلاثة أيام، وطاهراً خمسة عشر يوماً، وحائضاً ثلاثة أيام، وطاهراً خمسة عشر يوماً، وحائضاً ثلاثة أيام ، فذلك خمسة وستون يوماً.

* وأما محمد: فإنه قال: لا تُصدَّق في أقل من أربعة وخمسين يوماً وساعة[٤].

وذلك لأن أقل النفاس ساعة، ثم طهرت خمسة عشر يوماً، وحاضت ثلاثة أيام، وطهرت خمسة عشر يوماً، وحاضت ثلاثة أيام.

* ولا خلاف بينهم في أنَّ أقل النفاس ساعة، وذلك لأن النفاس هو الدم الموجود عقيب الولادة، وقد يجوز أن يوجد ساعة فينقطع، فيكون ذلك الدم نفاساً.

* * * * *

---

(١) انظر بدائع الصنائع ٤/٢٠١٥.

(٢) في الأصل تكرار غير صحيح.

(٣) في (ق.ج): «لأنه جعلها أكثر».

(٤) بدائع الصنائع ٤/٢٠١٦.

باب الإيلاء

مسألة :

قال[١] : (ومَن حلف بالله لا يقرب زوجته أربعة أشهر فصاعداً: فهو مُوْلٍ، فإن قَرِبَها في الأربعة الأشهر: حَنِث، وهو الفيء الذي ذَكَرَ الله تعالىٰ في قوله: ﴿فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[٢]، وكانت عليه كفارة يمين.

وإن لم يَقْرَبها حتىٰ مضىٰ أربعةُ أشهر: بانت بتطليقة).

قال أبو بكر : روي عن بعض التابعين: أنه إن حلف علىٰ أقل من أربعة أشهر: كان مُوْلياً[٣].

وقال مالك بن أنس: إذا حلف علىٰ أربعة أشهر: فليس بمول حتىٰ يحلف علىٰ أكثر منها[٤].

فأما مَن قال: إنه متىٰ حلف علىٰ أقل من أربعة أشهر فهو مُوْلٍ: فإنه احتج فيه بظاهر قوله تعالىٰ: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾: وهذا مول.

قال أبو بكر : ولا خلاف بين أهل العلم أنه لو امتنع من جماعها من

(١) مختصر الطحاوي ص٢٠٧، وينظر فتح القدير ٤/١٨٨.

(٢) البقرة: ٢٢٦.

(٣) المبسوط ٧/٢٢، شرح فتح القدير ٤/١٩٠، المغني ٨/٥٠٥.

(٤) حاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٢/٤٢٨، المغني ٨/٥٠٥.

غير يمين: لم يُكْسِبه ذلك حكم الطلاق[1].

فإذا حلف علىٰ أقل من أربعة أشهر: فقد بقي من مدة التربص ما لا يَكْسَب حكم الطلاق بالامتناع من جماعها فيه، فوجب أن لا يتعلق حكم الطلاق بمضيِّ المدة[2].

ودل ذلك علىٰ أنَّ المراد بقوله: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾: فيمن حلف علىٰ أربعة أشهر فصاعداً.

وقال ابن عباس: كان إيلاء أهل الجاهلية السَّنَةَ والسنتين، فوقَّت الله لهم أربعة أشهر، فمن كان إيلاؤه دون ذلك: فليس بإيلاء[3].

وأما قول من قال: لا يكون مولياً بحَلِفِه علىٰ أربعة أشهر: فقول ظاهر الفساد، يدفعه ظاهر الآية؛ لأن الله تعالىٰ جعل هذه المدة تربُّصاً له في الفيء فيها، ولم يجعل له التربص أكثر منها.

فمتىٰ امتنع من جماعها باليمين هذه المدة، أشبه ذلك حُكْمَ الطلاق، ولا فَرْق بين الأربعة أشهر وبين ما هو أكثر منها.

فإن قال قائل: إذا حلف علىٰ أربعة أشهر: لم يصح تعلق حكم الطلاق بها، لأنك تُوقع الطلاق بمضيِّها، وليس هناك إيلاء.

قيل له: لا يمتنع ذلك، لأن مضيَّ المدة إذا كان سبباً للإيقاع، لم يجب اعتبار بقاء اليمين في حال وقوعه.

---

(١) انظر أحكام القرآن للجصاص ١/٣٥٧.

(٢) انظر الهداية مع شرح فتح القدير ٤/١٩٧.

(٣) انظر السنن الكبرىٰ للبيهقي ٧/٣٨١.

ألا ترىٰ أنَّ مضيَّ الحول لما كان سبباً لوجوب الزكاة، لم يجب أن يكون الحول موجوداً في حال الوجوب، بل يكون معدوماً منقضياً.

وأن مَن قال لامرأته: إن دخلتِ الدار فأنتِ طالق، أنَّ هذه يمين معقودة، وإن دخلت: طلقت في حالٍ قد انحلَّت اليمين فيها وبطلت.

كذلك مضيُّ مدة الإيلاء، لما كان سبباً لوقوع الطلاق: لم يمتنع وقوعها واليمين غير موجودة.

* وأما وقوع الطلاق بمضيِّ المدة، فإنه روي عن علي، وابن مسعود، وعثمان بن عفان، وزيد بن ثابت، وابن عباس، وابن عمر رواية أنَّ الطلاق يقع بمضيِّ المدة ما لم يفيء في المدة[1].

وروي عن علي عليه السلام رواية أخرىٰ، وأبي الدرداء، وابن عمر: أنَّ المولي يُوْقَف[2] بعد مضي المدة.

والدليل علىٰ صحة قولنا: قول الله تعالىٰ: ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾، كما قال: ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾[3].

فلما كانت البينونة واقعة بمضيِّ المدة في تربص الإقراء، وَجَبَ أن

---

(١) انظر أحكام القرآن للجصاص ٣٥٩/١، مصنف عبد الرزاق ٤٥٣/٦، فتح الباري ٤٢٦/٩، المغني والشرح الكبير ٥٢٨/٨.

(٢) في (ق.ج): «يتوقف»، ونصّ الأثر في صحيح البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما: «إذا مضت أربعة أشهر يوقَف حتىٰ يُطلِّق، ولا يقع عليه الطلاق حتىٰ يطلِّق».

(٣) البقرة: ٢٢٨.

يكون كذلك حكم تربص الإيلاء، والمعنىٰ الجامع بينهما: ذِكْر التربص في كل واحدة من المدتين.

وإن شئتَ جَمَعْتَ بينهما من جهةٍ أنَّ كل واحدة من المدَّتين موجَبَة عن قوله، فتعلَّق بها حكم البينونة، فلما تعلقت في إحداهما بمضيِّها، كانت الأخرىٰ مثلها، للمعنىٰ الذي ذكرنا[١].

وأيضاً: لو وَقَفْنا المولي، لحَصَلَ التربص أكثر من المدة المذكورة، وذلك خلاف الكتاب.

فإن قال قائل: فأجل العنِّين حَوْلٌ، وتُخيَّر امرأته بعد ذلك في الفرقة إذا لم يصل إليها في المدة، ولا يوجب ذلك زيادةً في الأجل، كذلك ما ذُكر من حُكْم الإيلاء وَقْفه بعد المدة، لا توجب زيادة فيها.

قيل له: ليس[٢] في الكتاب ولا في السنة ما يوجب تقدير أجل العنِّين، وإنما أُخذ حكمه من قول السلف، والذين قالوا إنه يؤجل حولاً، هم الذين خيَّروها بمضيِّه قبل الوصول إليها، ولم يوقعوا الطلاق بمضيِّ المدة[٣]، ومدةُ الإيلاء موجَبَةٌ بالكتاب من غير ذكر التخيير معها، فالزائد فيها مخالِفٌ لحكمه.

وأيضاً: فإن أجل العنِّين إنما يوجب لها الخيار بمضيِّه، وأجل المولي عندك إنما يوجب عليه الفيء، فإن قال: أفيءُ: لم يفرَّق بينهما، فكيف يشتبهان؟

---

(١) أحكام القرآن ١/٣٦١.

(٢) وفي (ق.ج): «لا يوجد».

(٣) في الأصل: (العدة).

ودليل آخر: وهو قوله تعالىٰ: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[1]، فجعل له بعد الإيلاء أحد الشيئين: إما الفيء، وإما الطلاق، فوَجَبَ أن يحصل[2] الطلاق بفوات الفيء، إذ غير جائزٌ له أن يوقع[3] الفيء والطلاق جميعاً.

والدليل علىٰ فوات الفيء بمضيِّ المدة، وأنه مرادٌ فيهما[4]: ظاهر قوله: ﴿فَإِن فَآءُو﴾، والفاء للتعقيب، فاقتضىٰ أن يكون الفيء عقيب اليمين؛ لأنه جعله لمن له تربص أربعة أشهر، ومَن أثبته بعد مضي المدة، فقد خالف ظاهر الآية.

وأيضاً: فقد اتفق الجميع علىٰ صحة الفيء في المدة، فدل أنه مرادٌ فيهما، فصار ذلك كقوله: «فإن فاؤوا فيهن»، وكذا روي في حرف عبد الله[5].

فحصل الفيء مشروطاً في المدة دون غيرها، وبمضيِّ المدة يفوت الفيء، وإذا فات الفيء: حصل الطلاق لما وصفنا.

فإن قيل: لما قال: ﴿تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَآءُو﴾، فعطف بالفاء علىٰ

---

(١) البقرة: ٢٢٦.

(٢) في الأصل: «يجعل».

(٣) في الأصل: (يمنع)، والمثبت من (ق.ج).

(٤) في (ق.ج): «فيها».

(٥) وفي أحكام القرآن ١/٣٦١: «وكذلك قرئ في حرف عبد الله بن مسعود»، وينظر البحر المحيط ٢/٤٤٩، فتح الباري ٩/٣٣٥.

التربص في المدة، فدل علىٰ أنَّ الفيء مشروط بعد التربص، وبعد مضي المدة، وأنه إذا فاء في المدة، فإنما ثبت حكمه من حيث عجَّل حقاً لم يكن عليه تعجيله، كمن عجَّل ديناً هو مؤجل عليه.

قيل له: ليس الأمر فيه علىٰ ما ظننت، لأن قوله: ﴿فَإِن فَآءُو﴾: فيه ضمير المولي المبتدَىء بذكره في الآية، وهو الذي له تربص أربعة أشهر، فالذي يقتضيه الظاهر: إيجاب الفيء عقيب اليمين.

فإن قيل: لما قال: ﴿وَإِنْ عَزَمُواْ ٱلطَّلَٰقَ﴾: دلَّ علىٰ أنَّ وقوعه موقوف علىٰ قولٍ يكون منه.

قيل له: هذا يدل علىٰ صحة قولنا؛ لأنه علَّق الطلاق فيه بعزيمة القلب، دون القول؛ لأن عزيمة القلب لا تكون قولاً، فلو كان يجب وَقْفه بمضيِّ المدة لما تعلق بعزيمة القلب دون إيقاعه بالقول.

وهذا يدل علىٰ أنَّ المراد عزيمة ترك الفيء في المدة، والمضي عليها، وأن فواته يوجب الطلاق.

فإن قيل: ليس الإيلاء صريح الطلاق، ولا كناية عنه، فالواجب أن لا يقع به طلاق.

قيل له: وليس اللعان صريح الفرقة، ولا كناية، فيجب علىٰ المخالف أن لا يوقع الفرقة به حتىٰ يفرِّق الحاكم.

ولا يلزم علىٰ أصلنا أيضاً؛ لأن الإيلاء يجوز أن يكون كناية عن الفرقة من وجه، لأن قوله: لا أقربك: يشبه كناية الطلاق، إلا أنه أضعف حالاً من غيرها، فلا يقع الطلاق إلا بانضمام معنىً آخر إليه، وهو مضيُّ المدة علىٰ الوصف الذي يقوله، إذ قد وجدنا من الكنايات ما لا يقع به الطلاق

فيه بقول الزوج دون انضمام معنىٰ آخر إليه، وهو قول الزوج لامرأته: قد خيّرتك، أو: أمرك بيدك، فلا يقع الطلاق فيه إلا باختيارها.

فكذلك لا يمتنع أن يقال في الإيلاء إنه كناية، إلا أنه أضعف حالاً من سائر الكنايات، فلا يقع الطلاق فيه باللفظ دون انضمام معنىٰ آخر إليه.

وأما اللعان فلا دلالة فيه علىٰ معنىٰ الكنايات؛ لأن قذفه إياها بالزنىٰ وتلاعنهما، لا يصلح أن يكون عبارة عن البينونة بحال.

وأيضاً: فإن اللعان مخالف للإيلاء، من جهة أنَّ حكمه لا يثبت بغير الحاكم، فكذلك ما يتعلق به من حكم الفرقة، لا تقع إلا بحكم الحاكم، والإيلاء يثبت حكمه بغير الحاكم، فكذلك ما يتعلق به من الفرقة.

وبهذا المعنىٰ فارق العنِّينَ أيضاً؛ لأن تأجيله لا يثبت إلا بحاكم، كذلك ما يتعلق به من حكم الفرقة.

فإن قال قائل: لما قال تعالىٰ: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَـٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾[1]: دل علىٰ أنَّ هناك قولاً مسموعاً، وهو الطلاق.

قيل له: هذا جهلٌ مُفرطٌ من قائله، من قِبَل أنَّ السميع لا يقتضي مسموعاً؛ لأن الله تعالىٰ لم يزل سميعاً، ولا مسموع.

وأيضاً: قال الله تعالىٰ: ﴿وَقَـٰتِلُوا۟ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ

---

(١) البقرة: ٢٢٧.

عَلِيمٌ﴾[١]، والقتال لا يتعلق بمسموع[٢].

مسألة : [الإيلاء بالحلف بالعتق أو الحج ونحوها]

قال[٣]: (وإذا حلف بعتق أو طلاق أو حج أو صيام: كان مولياً)[٤].

لأن هذه أيمانٌ يلزم بالحنث فيها ما أوجبه من العتق ونحوه، وكذلك يلزمه الصيام في ذمته، وقد تعارف الناس الحلف بهذه الأيمان.

* **قال** : (وإن قال: إن قَرِبْتُكِ فعليَّ صلاة: لم يكن مولياً في قول أبي حنيفة وأبي يوسف).

لأن الناس لا يتعارفون الحلف بالصلاة، كما تعارفوا الحلف بالحج والصدقة والصوم.

ولو حُمِلَ الأمر علىٰ القياس، كان ينبغي أن لا يكون مولياً في جميع ذلك؛ لأن هذه ليست بأيمانٍ علىٰ الحقيقة، وإنما اليمين ما كان قَسَماً بالله تعالىٰ دون غيره.

وأيضاً: فإن وجوب الصلاة ليس له تعلقٌ باليمين بحال؛ لأن كفارة اليمين ليس فيها صلاة، وفيها عتق، وصدقة، وصوم، فجاز أن يكون مولياً بإيجاب الصوم، وسائر ما انتظمته اليمين بالله من الكفارة.

وأما الحج، وإن لم يكن من كفارة اليمين، فإنه حق في مال، فأشبه

(١) البقرة: ٢٤٤.

(٢) انظر أحكام القرآن للجصاص ١/٣٦٢، المبسوط ٧/٢٠-٢١.

(٣) مختصر الطحاوي ص٢٠٧.

(٤) انظر المبسوط ٧/٢٥، البناية ٤/٦٤٤.

الصدقة والعتق من حيث كانا حقاً في مال.

(وقال محمد: ويكون مولياً بالصلاة)[١]؛ لأنها تلزم بالنذر، كالصوم وغيره.

مسألة : [مدة إيلاء الأمة]

قال : (ومدة إيلاء الأمة شهران، كما أنَّ عدتها علىٰ النصف من عدة الحرة)[٢].

لأن هذه المدة تتعلق بها بينونة، كما تتعلق بالمدة في الطلاق الرجعي.

مسألة : [كيفية فيء العاجز عن الوطء]

قال : (وإذا آلىٰ وهو لا يقدر علىٰ جماعها في المدة، إما لمرض، أو لبُعد المسافة، أو كانت رَتْقاء: فإن فيئه أن يقول بلسانه: قد فئتُ إليها)[٣].

وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿فَإِن فَآءُو﴾، وهذا قد فاء؛ لأن الفيء الرجوع إلىٰ الشيء، وهو قد كان ممتنعاً من وطئها بالقول، وهو اليمين، فإذا قال: قد فئتُ إليها، فقد رجع عن ذلك القول إلىٰ ضده، فتناوله العموم.

وأيضاً: لما تعذر جماعها، قام فيئه بالقول مقام الوطء في المنع من البينونة[٤]، كما أنَّ المطلقة طلاقاً رجعياً، لما مُنِعَ جماعها بعد الطلاق، قام القول فيه مقام الوطء في المنع من البينونة.

---

(١) المبسوط ٢٨/٧، البناية ٦٤٤/٤.

(٢) انظر المبسوط ٢٤/٧، الهداية مع شرح فتح القدير ٢٠٥/٤.

(٣) انظر الهداية مع شرح فتح القدير ٢٠٥/٤.

(٤) انظر أحكام القرآن للجصاص ٣٥٨/١، وما بعده المبسوط ٢٨/٧.

* **قال** : (وإذا قال: قد فئتُ إليك، ودام العذر حتىٰ انقضت المدة: لم يقع به طلاق، وإذا زال العذر في المدة، وقدر علىٰ الوطء فيها: لم يكن فيئه إلا الجماع).

وذلك لأن الفيء بالقول قائم مقام الوطء عند عدمه، لئلا تقع البينونة[١] بمضيِّ المدة، فمتىٰ قدر علىٰ الوطء في المدة: بطل الفيء بالقول.

كما أنَّ التيمم لما أقيم مقام الوضوء في إباحة الصلاة، كان متىٰ وُجد الماء قبل الفراغ منها: بطل تيممه، ولزمته الطهارة بالماء.

والإحرام ليس بعذر في الفيء بالقول[٢]، لأن تحريم الوطء بفعله، وهو حقُّ الله تعالىٰ، فلا يسقط حقها من الوطء.

مسألة :

قال : (ومن حلف علىٰ قُرب امرأته بعتق عبدٍ له، ثم باعه: سقط الإيلاء)[٣].

وذلك لأنه يصل إلىٰ وطئها في هذه الحال بغير حنثٍ يلزم، ومتىٰ أمكنه وطؤها بغير حنث: لم يكن مولياً، كما لو حنث، فسقطت يمينه: بطل الإيلاء، لأنه يمكنه وطؤها بغير حنث.

---

(١) في (ق.ج): «الطلاق».

(٢) انظر تفصيل المسألة في أحكام القرآن ١/٣٥٨. قال السرخسي: وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وعند أبي يوسف: فيئه: الرضا باللسان، لأنه ممنوع من جماعها في المدة شرعاً. انظر المبسوط ٧/٢٩.

(٣) انظر العناية مع شرح فتح القدير ٤/٢٠٣-٢٠٤.

* **قال** : (فإن ابتاعه: عاد الإيلاء)، لأن قُرْبها أوجب عتق العبد.

مسألة : [حكم الإيلاء بعد البينونة]

قال : (وإذا بانت بالإيلاء، ثم تزوجها: عاد الإيلاء، فإن بانت أيضاً، ثم تزوجها: عاد الإيلاء)[1].

وذلك لأن حقيقة الإيلاء هي: كل يمين في زوجةٍ تمنع جماعَ أربعة أشهر إلا بحنث، وذلك موجود بالجماع الثاني، من قِبَل أنَّ اليمين التي كانت معقودة في النكاح الأول لم تسقط بزواله.

والدليل علىٰ أنَّ اليمين لا تسقط بزوال النكاح: أنَّ زوال النكاح لا يمنع صحة عقد اليمين، ألا ترىٰ أنه لو قال لأجنبية: إن تزوجتك فوالله لا أقربك، أنَّ هذه يمين صحيحة، فإذا تزوجها كان مولياً، فدل علىٰ أنَّ زوال النكاح لا ينفي بقاء اليمين[2].

قال : (وإن بانت بثلاث، ثم تزوجها بعد زوجٍ: لم يكن مولياً، وإن قَرُبَها: كفَّر يمينه)[3].

وذلك لأن الإيلاء له حكمان:

حكم الحنث، وحكم الطلاق، وحكم الطلاق لا يثبت إلا في ملك، أو مضافاً إلىٰ ملك، والطلاق الذي استفاده الأول بالزواج الثاني، لم يكن في ملكه وقت اليمين، ولا كانت اليمين مضافة إليه، فلم يقع به الطلاق.

---

(١) انظر الهداية وشرح فتح القدير ٤/١٩٥، وما بعدها.

(٢) انظر شرح فتح القدير ٤/٢٠٥.

(٣) انظر المبسوط ٧/٣٠، وخالف فيه الإمام زفر وقال: يكون مولياً.

ألا ترىٰ أنه لو قال لامرأته: كلما دخلتِ الدار فأنتِ طالق، فدخلت ثلاث مرات، فطلقت ثلاثاً، ثم تزوجها بعد زوجٍ، فدخلت الدار: أنها لا تطلق، من قِبَل أنَّ الطلاق الذي استفاد ملكه بعد الزوج الثاني، لم يكن مالكاً له يوم عقد اليمين، ولا كانت مضافة إليه، فكذلك ما وصفنا.

مسألة: [الإيلاء بلفظ: عليَّ حرام]

قال: (ومن قال لامرأته: إن قربتك فأنت علي حرام، فإن نوىٰ الطلاق: كان مولياً في قولهم جميعاً)[1].

لأنه بمنزلة من قال لامرأته: إن قربتك فأنت طالق.

* (وإن نوىٰ بالتحريم يميناً: كان مولياً في قول أبي حنيفة الذي رواه عنه أبو يوسف[2].

قال: ورویٰ الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: أنه لا يكون به مولياً، وهو قول أبي يوسف ومحمد)[3].

وجه القول الأول: أنه أوجب تحريمها بالقرب[4]، فصار كقوله: إن قربتك فأنتِ علي كظهر أمي؛ لأن الظهار يوجب تحريماً ترفعه الكفارة.

كذلك قوله: إن قربتك فأنتِ عليَّ حرامٌ، إذا أراد به اليمين.

---

(١) انظر شرح فتح القدير ٤/٢٠٧.

(٢) انظر بدائع الصنائع ٤/١٩٤٤، حاشية ابن عابدين ٣/٤٣٣.

(٣) انظر البناية شرح الهداية ٤/٦٥٠.

(٤) في الأصل: «القول»، والمثبت من (ق.ج).

فإن قيل: لأن الظهار يلزم به تحريم لا ترفعه إلا الكفارة، وفي قوله: أنت علي حرام، إنما يكفر بعد الجماع.

قيل له: لزوم الكفارة بعد الجماع لا يدل علىٰ أنَّ التحريم لم يلزم؛ لأن الصائم في رمضان قد لزمته حرمة الصوم[١] وإن كانت الكفارة تجب بعد الجماع، وكذلك الإحرام[٢]، وكذلك قوله: إن قربتك فأنتِ علىٰ حرام عند أبي حنيفة، إذا جامع: لزمته حرمة التحريم، فمن انتهكها لزمته الكفارة.

فإن قيل: قوله: أنت علي حرام، لا يوجب تحريماً إذا أراد به اليمين؛ لأنه يجوز له وطؤها، وقد قال الله تعالىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ﴾[٣]، ثم أوجب فيه الكفارة.

قيل له: قد تعلق إيجاب التحريم باللفظ؛ لأن اللفظ موضوع له، وما تعلق به إيجاب التحريم من هذا الوجه، تعلق به حكم الإيلاء، لأن أقل أحوالها أن يتعلق به الإيلاء من طريق الحكم، من حيث اقتضاه اللفظ، ثم لا يصدق علىٰ إسقاط الإيلاء بقوله: أردت يميناً، وكان[٤] له أن يستبيح وطأها ويُكفِّر بعده.

---

(١) يجب الإمساك بقية اليوم علىٰ من أفسد صومه بالجماع، لحرمة رمضان. شرح فتح القدير ٢/٣٦٣.

(٢) يجب الاستمرار علىٰ من أفسد حجه أو عمرته إلىٰ نهايته. انظر الهداية مع شرح فتح القدير ٣/٤٤.

(٣) التحريم: ١.

(٤) في المختصر ص٢٠٩: (أو لا).

ووجه رواية الحسن، وهو قول أبي يوسف ومحمد: أنَّ قوله: إن قربتك فأنتِ علي حرام، إذا أراد به اليمين، كان بمنزلة قوله: إن قربتك فوالله لا أقربك: فلا يكون مولياً به.

مسألة : [الحلف علىٰ الشرىٰ في الإيلاء]

(وإذا قال لامرأته وهي أمة: والله لا أقربك حتىٰ أشتريَك: لم يكن مولياً؛ لأنه قد يشتريها لغيره، فلا يفسد النكاح.

ولو قال: حتىٰ أشتريَك لنفسي: كان كذلك أيضاً؛ لأنه قد يشتريها شراء فاسداً، و[1]لا يقبضها، فيبقىٰ النكاح علىٰ حاله.

ولو قال: حتىٰ أشتريَك لنفسي وأقبضك: كان مولياً؛ لأنه إذا كان كذلك فسد نكاحها).

فصار كقوله: لا أقربك ما دمتِ امرأتي، أو لا أقربك أبداً.

* **قال** : (ولو قال: حتىٰ أملكك: كان مولياً)، لأن ملكه إياها يفسد نكاحها.

[مسألة :]

(ولو قال: حتىٰ أُعتق عبدي، أو: أُطلق امرأتي الأخرىٰ: كان مولياً في قول أبي حنيفة ومحمد).

من قِبَل أنه لا ينفك من أحد معنيين:

إما أن لا يطأها فيحنث، أو يريد أن لا يحنث بوطئها، فيحتاج أن

---

(١) في (ق.ج): «جاز».

يطلق امرأته، أو يعتق عبده حتىٰ يصل إلىٰ وطئها بغير حنث، والعتق والطلاق مما يصح الحلف بهما، فكان مولياً، كما لو قال: إن قربتك فعبدي حر، أو قال: فامرأتي طالق.

* وكذلك كلما جعله غاية مما يصح الحلف به، مثل الصدقة والصيام ونحوه.

(وقال أبو يوسف: لا يكون مولياً)

بالغاية، لأنه إذا أعتق العبد، قَرُبَها بغير حنث، وليس عتق العبد واقعاً باليمين[1].

[مسألة:]

قال: (ولو قال: والله لا أقربك حتىٰ أقتل فلاناً: لم يكن مولياً في قولهم جميعاً).

من قِبَل أنَّ قَتْل فلان مما لا يصح أن يكون جواباً لليمين، ولا يصح الحلف به.

ومن هذا الوجه فارق[2] عتق العبد، والطلاق، والنذر، من قِبَل أنَّ هذه الأشياء مما يصح الحلف بها، ويجوز أن تُجعل جواباً لليمين، فلذلك اختلفا.

(١) المبسوط ٧/٣٦.

(٢) في (ق.ج): «أعتق العبد ولزم الطلاق».

مسألة : [الإيلاء بامرأتين بلفظ واحد]

قال : (ومَن قال لامرأتيه: والله لا أقربكما: كان مولياً منهما استحساناً، وكان القياس أن لا يكون مولياً)(١).

وجه القياس: أنه لا يحنث بقرب إحداهما، ومتىٰ وصل إلىٰ وطئها بغير حنث، لم يكن مولياً منها.

وكذلك قالوا: إنه لو قال لامرأته وأمته: والله لا أقربكما: أنه غير مولٍ من امرأته حتىٰ يقرب أمته؛ لأنه يصل إلىٰ جماعها قبل قرب الأمة بغير حنث.

ومن جهة الاستحسان: إن لجماع كل واحدة منهما تأثيراً في طلاق الأخرىٰ؛ لأنه إذا جامع إحداهما، ثم ترك الأخرىٰ أربعة أشهر: طلقت، فلما كان كذلك صار مولياً.

وليس كذلك الأمة والزوجة؛ لأن جماع الزوجة لا تأثير له في طلاق الأمة، لأن ملك اليمين لا يلحقها طلاق.

[مسألة :]

(وإن قال لامرأتيه: والله لا أقرب إحداكما: كان مولياً من واحدةٍ منهما).

من قِبَل أنَّ قوله: إحداكما: لا يتناول إلا واحدة، ولا يتناولهما جميعاً، فكان مولياً من إحداهما.

* (فإذا مضت أربعةُ أشهر: وقعت تطليقة، وقيل له: أوقِعْها علىٰ

---

(١) انظر المبسوط ٢٦/٧.

أيتهما شئت)[١].

لأنه لما كان مولياً من إحداهما، كان مضيُّ المدة موجباً لتطليقة في إحداهما بغير عينها، بمنزلة قوله: إحداكما طالق، فيكون الخيار إليه في صرف التطليقة إلىٰ إحداهما.

فإن أراد أن يجعل اليمين في إحداهما بعينها قبل مضي المدة: لم يكن له ذلك، من قِبَل أنَّ عقد اليمين لا يجوز أن يلحقه الفسخ عما وقع عليه، وقد علمنا أنَّ اليمين لم تتناول في حال العقد إحداهما بعينها، فلو عيَّنها في واحدة: كان فيه فسخ اليمين عما وقعت عليه.

ألا ترىٰ أنه لو قال: والله لا أدخل إحدىٰ هاتين الدارين: أنه يحنث بدخول إحداهما أيتهما كانت، ولو أراد تعيين اليمين في إحداهما بعينها: لم يكن له ذلك، فكذلك ما وصفنا، فإذا حصل الطلاق في الأمة: كان مخيَّراً في صَرْفه إلىٰ أيتهما شاء.

* **قال**: (فإن أوقع الطلاق علىٰ إحداهما، ثم مضت أربعة أشهر بعد[٢] الأربعة أشهر الأولىٰ: بانت الأخرىٰ أيضاً).

وذلك لأن مضيَّ المدة أوجب تطليقة في إحداهما وبانت، وحصل الإيلاء في الباقية، فلما مضت مدة أخرىٰ بعد المدة الأولىٰ: بانت الأخرىٰ إذ لم يبق[٣] مَن يستحق الطلاق غيرها.

وروي عن أبي يوسف: أنه إذا تعيَّن الطلاق في إحداهما: تعين الإيلاء

---

(١) انظر المبسوط ٢٨/٧.

(٢) في (ق.ج): «أُخَر غير الأربعة الأشهر الأول».

(٣) في (ق.ج): «لم ينو».

فيها، كأنه آلىٰ منها بعينها، فلا يكون مولياً من الباقية.

وعند محمد: يكون مولياً من الباقية؛ لأن شرط اليمين يقتضي وقوع تطليقة لا في عين، فلا جائز فَسْخ شَرْطها بتعيينه الطلاق الأول في إحداهما بعينها، وإيجاب الطلاق في عين لم يقتضها شرطها.

مسألة: [الإيلاء بامرأتين بحلفٍ واحد]

قال: (ومَن قال لامرأتيه: والله لا أقرب واحدةً منكما: كان مولياً منهما جميعاً)[1].

لأن قوله: واحدة منكما: يتناول كل واحدة منهما علىٰ حيالها؛ لأنها نكرة شائعة، ألا ترىٰ أنه يصح دخول حرف الجمع عليها، بأن يقول: كل واحدة منكما، وكان القياس أن يكون مولياً من إحداهما؛ لأنه يحنث بوطء إحداهما.

مسألة: [الاستثناء في الإيلاء]

قال: (ومَن قال لامرأته: والله لا أقربك سنة إلا يوماً: لم يكن مولياً حتىٰ يقربها، وقد بقي من السنة أربعة أشهر)[2].

وذلك لأنه استثنىٰ من المدة يوماً منكوراً، فلم يتناول يوماً بعينه، فجائز له أن يقربها أي يوم شاء من السنة، ويكون ذلك اليوم هو اليوم المستثنىٰ، وليس يتناول ذلك يوماً من آخر السنة، ولا من أولها.

ألا ترىٰ أنه لو قال: ما نُمْتُ من الليل إلا ساعة، وما قَعَدْتُ اليوم إلا

---

(١) المبسوط ٧/٢٧.

(٢) انظر بدائع الصنائع ٤/١٩٥٥.

ساعة، وما صمت من شعبان إلا يوماً: أنَّ ذلك لا يتناول وقتاً بعينه، بل جائز أن يكون من أوله، ومن آخره.

وإذا كان كذلك، فهو يقدر علىٰ وطئها في المدة بغير حنث، فلا يكون مولياً، فإن وطئها في يوم وقد بقي من السنة أربعة أشهر، صار مولياً حنيئذ، من قِبَل أنه لما وُجد اليوم المستثنىٰ، بقيت اليمين مطلقة بلا استثناء، كأنه قال: والله لا أقربك: فيكون مولياً منها.

مسألة:

قال: (وإذا آلىٰ من امرأته، فبانت بمضيِّ المدة، ثم مضت أربعة أشهر أخرىٰ، وهي في العدة: لم يقع عليها شيء بالإيلاء.

ولو آلىٰ منها، ثم طلقها تطليقة بائنة قبل مضي المدة، ثم مضت المدة وهي في العدة: وقعت عليها تطليقة بالإيلاء)[1].

والأصل في ذلك: أنه لا يجوز أن يبتدىء مدة الإيلاء في حال البينونة، وذلك لأن ثبوت حكم المدة متعلق بثبوت حقها في الجماع، ولا حق لها بعد البينونة، فيتعلق به حكم المدة.

وأما إذا كان الإيلاء في حال الزوجية، فثبت حكم المدة بثبوت حقها في الجماع، ثم طروُّ[2] البينونة عليها، لا يقطع حكم المدة، من قِبَل أنه قد ثبت حقها في الجماع، ثم حدوث البينونة عليها لا يقطع حكم المدة، من قِبَل أنه قد ثبت حقها في الفيء، ومن أَجْله ثَبَت ابتداءُ المدة، فلا ينقطع

(١) انظر بدائع الصنائع ٤/ ١٩٧٠.

(٢) في الأصل :«طريان»، والمثبت من (ق.ج).

ذلك الحق بطلاقه إياها، إذ لا سبيل له إلىٰ إسقاط حقها الذي تعلق بمضي المدة بفعله، فكذلك لم يبطل حكم مدةٍ متقدمة، لورود البينونة.

ووجه آخر: وهو أنَّ الطلاق الواقع بمضي المدة، بمنزلة الطلاق الموقَع بالكنايات، ومعلوم أنَّ الكنايات الموجِبة للطلاق، لا يصح ابتداؤها مع البينونة.

ولو عقد اليمين بالطلاق بلفظ الكناية، فقال لها: أنت بائن إذا دخلتِ الدار، ثم أبانها، ثم دخلت الدار في العدة: طلقت، فكذلك ابتداء المدة لا يصح مع البينونة، وحدوث البينونة لا يقطع مدة متقدمة قد تعلق بها وقوع الطلاق.

مسألة: [الإيلاء في مجلس واحد مراراً]

قال: (ولو آلىٰ من امرأته ثلاث مرات في مجلس واحد، يريد به التغليظ والتشديد، ثم تركها أربعة أشهر: فإنها تَبين منه بتطليقة واحدة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف استحساناً، وقال محمد وزفر: تطلق ثلاثاً)[١].

الأصل في ذلك: أنَّ المدة إذا كانت واحدة وإن كثرت الأيمان: فإنها لا توجب إلا تطليقة واحدة، كما أنَّ المدة الواحدة من العدة تنقضي بها العدة من رجلين وثلاثة.

وهذا المعنىٰ لا خلاف بينهم فيه؛ لأنه لو قال لها: لو جاء غد فوالله لا أقربك، ثم قال: إذا جاء غد فوالله لا أقربك، ثم قال لها ثالثاً، ثم جاء غد: كان مولياً إيلاء واحداً، وإن وطئها: حنث في الجميع، ولا يتعلق مع ذلك

---

(١) المبسوط ٧/٣١.

بمضيِّ المدة إلا تطليقة واحدة.

فقلنا في مسألتنا علىٰ هذا الأصل: إن هذه وإن كانت أيماناً مختلفة، فإن مدتها واحدة، وذلك لأنه لا يمكن ضبط الوقت الذي بين اليمينَيْن عند مضي أربعة أشهر، فصارت مدة الأيمان كلها مدة واحدة.

* والقياس أن يقع ثلاث تطليقات؛ لأن ما بين اليمينَيْن من الوقت، وإن كان غير معلوم عندنا مقداره، فإنه يوجب أن تكون مدة كل واحد من الأيمان غير مدة الأخرىٰ، فكان ينبغي أن يقع ثلاث تطليقات، إلا أنه تُرِك القياس لما وصفنا.

وذهب زفر ومحمد إلىٰ وجه القياس.

مسألة: [إيلاء أهل الذمة]

قال: (وإيلاء أهل الذمة كإيلاء أهل الإسلام في قول أبي حنيفة)[١].

قال أبو بكر: ليس يخلو إيلاؤه من أن يكون يميناً بالله، أو أن يعلق العتق أو الطلاق بالوطء، أو إيجاب نذر في القُرَب، مثل الحج والصيام بالوطء.

ولا خلاف بينهم أنَّ إيلاء الذمي لا يصح بالحج والصيام والصدقة ونحوها؛ لأنه لا يلزمه بالوطء هذه القُرَب.

ولا خلاف بينهم أيضاً: أنه يصح إيلاؤه بالعتق والطلاق.

وإنما الخلاف في الحلف بالله، فقال أبو حنيفة: يكون مولياً به[٢]،

---

(١) انظر المبسوط ٧/٣٥، بدائع الصنائع ٤/١٩٦٠.

(٢) في (ق.ج): «بالحلف بالله».

وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾[1]، وهو عموم في المسلم والذمي.

وأيضاً: فإن الذمي يتعلق به حكم التسمية، كتعلُّقه بالمسلم، ألا ترىٰ أنَّ الكتابي إنما تؤكل ذبيحته إذا ذكر اسم الله عليها، وإن تَرَكَ التسمية يُمْنَع أكل ذبيحته، فصار كالمسلم فيما يتعلق به من الحكم باسم الله تعالىٰ، فوجب أن يكون كالمسلم فيما يتعلق به من الحكم بالحلف بالله في إيجاب الطلاق به بمضي المدة.

وأما الصدقة ونحوها، فليس يتعلق بها حكم علىٰ الذمي؛ لأن قوله فيها وسكوته بمنزلة واحدة.

* وقال أبو يوسف ومحمد: لا يكون مولياً؛ لأن حكم الإيلاء إنما يتعلق باليمين بالله، لما يتعلق بالوطء من لزوم الكفارة، فإذا لم يتعلق بيمينه وجوب الكفارة: لم يكن مولياً.

* * * * *

(١) البقرة: ٢٢٦.

باب الظِّهَار

مسألة : [العبد كالحرِّ في الظهار]

قال أبو جعفر[1] : (والعبد في الظهار كالحر، غير أنه لا يجزيه في الكفارة إلا الصيام)[2].

قال أبو بكر : الأصل فيه قول الله تعالىٰ: ﴿ وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ﴾[3] الآية، وهو عموم في الفريقين من الأحرار والعبيد.

وقوله تعالىٰ: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾: لاينفي دخول العبد في الظهار؛ لأن الرقبة مشروطة لمن وَجَدَها، والعبد لا يجدها كالفقير.

* وإنما لم يُجْزه العتق والإطعام؛ لأنه لا يملك، ولا يصح له حكم الملك، وقال النبي عليه الصلاة والسلام: «لا عِتْق فيما لا يملك ابن آدم»[4].

---

(١) مختصر الطحاوي ص٢١٢.

(٢) انظر الهداية مع شرح فتح القدير ٤/٢٦٨، الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٣/٤٤٧، المبسوط ٦/٢٣٤.

(٣) المجادلة: ٣.

(٤) سنن أبي داود٢/٦٤٠ ـ ح٢١٩٠، سنن الترمذي ٣/٤٨٦ ـ ح١١٨١ =

ولا يجزيه الطعام أيضاً وإن أدىٰ عنه مولاه؛ لأنه لا يحصل له حكم الملك.

وليس كالفقير إذا أدىٰ عنه غيره بأمره، فيجوز؛ لأن الفقير يحصل له حكم الملك في المؤدىٰ، لأنه ممن يملك، والعبد لا يحصل له حكم الملك في المؤدىٰ؛ لأنه لا يملك حقيقة، فكيف يجوز أن يثبت له حكم الملك؟.

* **قال**: (وليس لمولاه أن يمنعه من صيام الظهار، كما لا يمنعه من صيام النذر، وكفارة اليمين)[1].

لأن كفارة الظهار بها يستبيح وطء الزوجة، وذلك حق لها، فليس له أن يمنعه مما قد استحقت من الوطء بعقد النكاح.

مسألة: [تخصيص الظهار بالزوجات]

قال أبو جعفر: (ولا ظهار إلا من زوجة حرة كانت أو أمة)[2].

وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمۡ﴾[3]، فالمعقول من ظاهرِ هذا اللفظ: الزوجات، لقوله: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمۡ﴾[4]، ﴿لِّلَّذِينَ

بمعناه، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(١) انظر المبسوط ٦/٢٣٤، حاشية ابن عابدين ٣/٣٧٨.

(٢) انظر بدائع الصنائع ٥/٢١٢٨.

(٣) المجادلة: ٣.

(٤) النساء: ٢٣.

﴿يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾[1].

وأيضاً: الظهار يوجب تحريماً من جهة القول، فلا يصح تحريم ملك اليمين من جهة القول، والدليل عليه: أنه لو قال لها: أنت علي حرام: لم تحرم.

وروي «أنَّ النبي صلىٰ الله عليه وسلم حرَّم مارية[2] القبطية[3]، فأنزل الله تعالىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ﴾[4]، فلم يثبت حكم التحريم، وأوجب فيه كفارة يمين.

فلما لم يصح تحريمها من جهة القول لو نص علىٰ تحريمها، صارت كالثوب والطعام ونحوهما إذا حرمهما، فلا يصح تحريمهما، كذلك حكم الأمة في الظهار.

وليس كذلك الزوجة؛ لأنه يصح تحريمها من جهة القول لو قصدها بالتحريم فقال: أنتِ علي حرام، وأراد به الطلاق: طلقت وحرمت عليه[5].

---

(١) البقرة: ٢٢٦.

(٢) مارية القبطية أم إبراهيم ولدِ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم الذي توفي بعد الولادة بسبعة أشهر، وتوفيت مارية في عهد عمر رضي الله عنه بعد وفاة النبي صلىٰ الله عليه وسلم بخمس سنين، ودفنت بالبقيع. انظر طبقات ابن سعد ٨/٢١٢، الإصابة ٤/٣٩١.

(٣) انظر أحكام القرآن للجصاص ٣/٤٦٤، وانظر تفصيل القصة في فتح الباري ٨/٦٥٧، ٩/٢٨٩، ٣٧٦، وسنن الدارقطني ٤/٤١.

(٤) التحريم: ١.

(٥) الهداية مع البناية ٤/٦٥٠.

وأيضاً: كان الظهار طلاق أهل الجاهلية[١]، فأبدل الله تعالىٰ منه الطلاق، وجعله تحريماً ترفعه الكفارة، فلما لم يصح طلاق ملك اليمين، لم يدخل فيما أُبدل من الطلاق.

مسألة : [صحة الظهار بامرأة تحرم عليه مؤبداً]

قال أبو جعفر : (ويصح الظهار بكل امرأة هي محرَّمة عليه تحريماً مؤبداً)[٢].

وذلك لأن الأم لما كان تحريمها مؤبداً، وحكَمَ الله بصحة الظهار منها، كان كل مَن تحريمها علىٰ وجه التأبيد بمنزلتها.

مسألة : [الظهار بالرجال]

قال : (ولا يصح الظهار بالرجال، إذا قال: أنتَ علي كظهر أبي).

لأن ظهر الأب غير محرم عليه النظر إليه.

* والظهار يصح ببطن الأم، وفخذها، وفرجها؛ لأن تحريم هذه الأعضاء عليه كتحريم الظهر[٣].

* ولا يصح الظهار بوجهها، ورأسها؛ لأنه يجوز له النظر إلىٰ وجهها ورأسها، فليس تشبيهها بهما إيجابَ تحريم.

[مسألة :]

قال : (وإذا وقَّت الظهار فقال: أنت علي كظهر أمي شهراً: كان كما

---

(١) انظر الهداية مع البناية ٤/٦٩٠.

(٢) الهداية مع البناية ٤/٦٩٤، بدائع الصنائع ٥/٢١٣٠.

(٣) شرح فتح القدير ٤/٢٥٠.

قال، ولم يكن مظاهِراً بها بعد شهر)[١].

وذلك لما روي في حديث سلمة بن صخر «أنه ظاهر من امرأته شهر رمضان، ثم جامع، فسأل النبيَّ صلىٰ الله عليه وسلم، فلم يبطل توقيته للظهار»[٢].

وأيضاً: فإن الظهار يقع مؤقتاً في الأصل بأداء الكفارة، ألا ترىٰ أنه إذا أدىٰ الكفارة: سقط الظهار، فإذا وقَّته بوقت معلوم كان مؤقتاً، وليس كذلك الطلاق؛ لأن الطلاق لا يقع مؤقَّتاً، ولا يصح توقيته.

مسألة : [موت المرأة المظاهر منها]

قال : (وإذا ظاهر من امرأته، ثم ماتت: بَطَل الظهار)[٣].

وذلك لأن الظهار يوجب تحريماً لا يرفعه إلا الكفارة، فلا يحل له وطؤها حتىٰ يكفِّر، فإذا ماتت، فقد امتنع وجود الوطء بالظهار، فليس يلزمه الكفارة، وإنما يمنعه الوطء حتىٰ يكفره.

مسألة : [المراد من العود في آية الظهار]

قال أبو جعفر : (والعود المتأوَّل في قول الله تعالىٰ: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾[٤]: إنما هو إرادة القُرْب بعد التحريم، فلا يصل إلا بالكفارة التي

(١) بدائع الصنائع ٥/٢١٣٥.

(٢) أبو داود ٢/٦٦٠ ـ ح٢٢١٣، سنن الترمذي ٣/٥٠٣ ـ ح١٢٠٠ وقال الترمذي: هذا حديث حسن، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح ٢/٢٠٣.

(٣) انظر العناية مع شرح فتح القدير ٤/٢٥٨.

(٤) ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا

=

ذكرها الله)[١].

قال أبو بكر: وروي نحو قول أصحابنا عن الحسن، والزهري، وقتادة[٢].

وقال ابن عباس[٣]: إذا قال: أنت علي كظهر أمي: لم تحل له حتىٰ يكفر، وهذا أيضاً مثل قولنا.

وحُكي عن الشافعي[٤] أنه إذا أمسكها بعد الظهار ساعةً: لزمته الكفارة، ماتت أو عاشت، فإن طلقها عقيب الظهار: لم تكن عليه كفارة.

وحُكي عن بعض المتجاهلة[٥]: أنه علىٰ أن يعيد القول مرتين، وهذا

ذَٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِۦ ۚ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴿٣﴾ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا ۖ فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾. المجادلة: ٤.

(١) انظر العناية مع شرح فتح القدير ٤/٢٥٨، تبيين الحقائق ٣/٣.

(٢) انظر أحكام القرآن للجصاص ٣/٤١٨، أحكام القرآن للقرطبي ١٧/٢٨٠، مصنف عبد الرزاق ٦/٤٢٥، المغني والشرح الكبير ٨/٥٧٣.

(٣) انظر المراجع السابقة.

(٤) انظر الأم ٥/٢٧٩، مغني المحتاج ٣/٣٥٦.

(٥) كُتب في حاشية الأصل: (أراد به داود الأصفهاني).اهـ، وسيأتي أيضاً ذكر الجصاص له، وشدته عليه بأكثر من هذا، دون أن يسمِّيه أيضاً، حتىٰ قال عنه: (مع ما هو عليه من التهمة علىٰ دين الإسلام، والتلاعب بالشريعة والأحكام)، بل قال أشد من هذا بكثير جداً في كتابه: الفصول في الأصول ٣/٢٩٦، ونقل عنه أقوالاً فظيعة، ولا شك أنَّ الجصاص إمام يعلم أنه مدين أمام

=

القول خارج عن قول السلف والخلف جميعاً[١].

وعلىٰ أنه لو كان مما يسوغ مثله بين أهل عصر، لم يكن هذا القول خلافاً علىٰ أهل عصره، إذ ليس من أهل النظر، فكيف بمخالفته علىٰ مَن تقدم؟.

والدليل علىٰ صحة قولنا: أنَّ قوله: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾: يقتضي عوداً إلىٰ معنىٰ قد نفاه أو حرمه.

ومعلوم أنَّ الظهار غير موضوع لرفع النكاح، فيكون العود لما قال، إمساكاً علىٰ النكاح، وأنه[٢] لما يؤثر في تحريم الوطء، فوجب أن يكون العود لِمَا قال: هو القصد إلىٰ استباحة وطئها الذي قَصَد إلىٰ تحريمه بالظهار، فيقدِّم الكفارة قبله.

الله عز وجل بهذا الكلام، وهو قريب عهدٍ به، وقد ذكر ابن حجر في لسان الميزان ٤٠٥/٣ في ترجمته (أي داود بن علي الأصفهاني ت٢٧٠هـ) عن أبي حاتم صاحب الجرح والتعديل: أنه ضال مضل. اهـ وممن قسا عليه أيضاً ابن العربي المالكي، كما في أحكام القرآن للقرطبي ٢٨١/٧.

هذا، وبمراجعة ترجمته في سير أعلام النبلاء للذهبي ٩٧/١٣-١٠٨ تجد عليه ثناءً عظيماً، حيث وصفه بأنه إمام بحر حافظ بصير في الفقه، رئيس أهل الظاهر، وأنه ورع زاهد ناسك، وفيه دين متين، ثم ذكر الذهبي خلاف العلماء في الاعتداد بخلاف داود الظاهري، وعدم الاعتداد به.

ونحن نقول بعد هذا: رحم الله الجميع، وغفر لنا ولهم برحمته الواسعة وفضله العظيم، وكتب هذه الحاشية المعتني بإخراج الكتاب: د/ سائد بكداش.

(١) انظر الحاشية السابقة.

(٢) في (ق.ج) «وإنما الظهار».

وقد يجوز أن يقول: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾، وهو يريد المقول فيه، كما يقال: عاد في هبته، يعني في الموهوب، وكقولنا: اللهم أنت أملنا ورجاؤنا، يعني مأمولنا ومرجوُّنا.

وقال الله تعالىٰ: ﴿وَٱعْبُدْ رَبَّكَ حَتَّىٰ يَأْتِيَكَ ٱلْيَقِينُ﴾[1]: يعني الموقَن به.

وقال الشاعر:

وإني لراجيكم[2] علىٰ بطء سعيكم ... كما في بطون الحاملات رجاء

يعني: مرجواً.

وإذا كان كذلك، صح أنَّ العود هو القصد إلىٰ استباحة وطئها الذي قَصَدَ بالظهار إلىٰ تحريمه.

وفَسَدَ قولُ مَن حمله علىٰ بقاء النكاح بعد الظهار، إذ هو غير ملائم لمعنىٰ الآية، إذ العود يقتضي عوداً إلىٰ شيء قد سبق منه، وهو فلم يقصد إلىٰ تحريم النكاح.

وقد قيل: إن المعنىٰ: ثم يعودون إلىٰ ما قد قيل في الجاهلية مما نهىٰ الله عنه، وجعله منكراً من القول وزوراً، و«ثم»: هاهنا: بمعنىٰ: «الواو»، فكأنه قال: وهم عائدون بعد نزول الحكم إلىٰ ما كانوا يقولونه قبل نزوله، فكأنه أخبر عن حكم الحال بعد نزول الآية.

وهذا التأويل مواطىء لما روي في قصة الظهار، وذلك لأن خولة بنت

---

(١) الحجر: ٩٩.

(٢) في الأصل: «لم أحبكم»، والمثبت من أحكام القرآن ٣/٤١٩.

ثعلبة ظاهَرَ منها أوسُ بن الصامت، ثم أراد وطأها، فذكرت ذلك لرسول الله صلىٰ الله عليه وسلم، فأنزل الله تعالىٰ هذه الآية[١].

فصار ذلك إخباراً عن الحال التي كان عليها المظاهِر من قَصْده للعود إلىٰ الوطء الذي حرَّمه بالظهار.

قالوا: وقد يجوز أن تكون: «ثم»: بمعنىٰ: «الواو»، كما قال الله تعالىٰ: ﴿فَإِلَيْنَا مَرْجِعُهُمْ ثُمَّ ٱللَّهُ شَهِيدٌ﴾[٢]، ومعناه: والله شهيد، وجعلوا نفس الفعل[٣] عوداً، كما قال تعالىٰ: ﴿حَتَّىٰ عَادَ كَٱلْعُرْجُونِ ٱلْقَدِيمِ﴾[٤]، معناه: صار كذلك.

وكما قال الشاعر[٥]:

تلك المكارم لا قَعْبان من لبنٍ شِيْباً بماءٍ فعادا بعدُ أبوالا[٦]

معناه: صارا كذلك؛ لأنهما لم يكونا في البدء[٧] كذلك، فهذا تأويل محتمل، وإذا احتمل ذلك، ثم قال: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن

(١) أبو داود ٢/٦٦٢ ـ ح٢٢١٤، شرح السنة للبغوي ٩/٢٤٠.

(٢) يونس: ٤٦.

(٣) في (ق.ج): «القول».

(٤) يس: ٣٩.

(٥) انظر ديوان أمية بن أبي الصلت ص٤٥٩.

(٦) انظر أحكام القرآن للجصاص ٣/٤١٩.

(٧) في (ق.ج) «الثدي».

﴿يَتَمَآسَّا﴾[١]، فقد منع المسيس إلا بعد التكفير، فصح أنَّ الظهار يوجب تحريم الوطء.

ومما يدل علىٰ بطلان قول المخالف أيضاً[٢]: أنَّ قوله: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ﴾: يقتضي أن يكون العود متراخياً عن القول؛ لأن: ثم: في لغة العرب للتراخي، وليست للمقارنة[٣].

وقوله يقتضي أن يكون العود عقيب الظهار، بترك طلاقها متصلاً به، وهذا خلاف حكم الآية، إذ ليس في قوله وجود عَوْد يكون مواطئاً لحكم الآية بوجه، وهذا فاسد من القول.

وقوله من جهة أخرىٰ مخالف لظاهر الآية، وهو أنَّ قوله: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ﴾: يقتضي إحداث معنىٰ يكون به عائداً، وتَرْكُ الطلاق لا يسمىٰ عوداً إلىٰ الشيء بحال، وإنما هو بقاء علىٰ الحال الأولىٰ، وبقاء الإنسان علىٰ حال كان عليها قبل القول لا يسمىٰ عوداً إليه، فلم يجز حمل معنىٰ الآية عليه.

فإن قال قائل قوله: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾: يقتضي وجوبها بعد العود، وأنت لا توجبها، وإنما تحرم الوطء حتىٰ يؤديَ الكفارة.

قيل له: تأويلنا لمعنىٰ الآية صحيح علىٰ الوجه الذي حملناه عليه،

---

(١) المجادلة: ٤.

(٢) في الأصل: الشافعي، والمثبت من (ق.ج).

(٣) في الأصل: «للمفارقة»، والمثبت من (ق.ج).

كأنه قال: إذا أردت الوطء فكفِّر قبله، كما قال الله تعالىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَٰجَيْتُمُ ٱلرَّسُولَ فَقَدِّمُواْ بَيْنَ يَدَيْ نَجْوَىٰكُمْ صَدَقَةً ﴾[1].

وكما قال: ﴿إِذَا قُمْتُمْ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ فَٱغْسِلُواْ وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ ﴾[2]، فلو أراد صلاةَ نافلةٍ كان عليه تقديم الطهارة، وإن لم يُرِدْها: لم يكن عليه تقديمها.

وكما قال تعالىٰ: ﴿ فَإِذَا قَرَأْتَ ٱلْقُرْءَانَ فَٱسْتَعِذْ بِٱللَّهِ ﴾[3]، والاستعاذة متعلقة بالقصد إلىٰ القراءة.

وقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «مَن راح إلىٰ الجمعة[4] فليغتسل»[5].

ويقال للرجل: إذا أردتَ دخول مكة: فأَحْرِم.

فهذه معان صحيحة قد تعلقت بها الأوامر علىٰ شرائطها، كذلك لزوم كفارة الظهار هذا سبيله، وليس يخرجها ذلك من حكم الوجوب، إذا كان الوجوب معلقاً بشرط.

ويدل علىٰ بطلان قول المخالف أيضاً: أنَّ قوله: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ﴾: لو كان المراد به إمساكها علىٰ الزوجية، لوجبت الكفارة بنفس الظهار؛

---

(١) المجادلة: ١٢.

(٢) المائدة: ٦.

(٣) النحل: ٩٨.

(٤) في (ق.ج): «إلىٰ المسجد».

(٥) صحيح البخاري ٢١٢/١، صحيح مسلم ٥٧٩/١ ـ ح٨٤٤.

لأنه قاصد إلىٰ إمساكها علىٰ النكاح بنفس الظهار ، إذ كان الظهار لا يصح إلا مع بقاء النكاح، فقَصْده إلىٰ الظهار قَصْدٌ منه إلىٰ تبقية النكاح، ألا ترىٰ أنه إذا أبانها لا يصح ظهاره منها.

فإن قيل: شَرْط وجوب الكفارة إمساكها بعد الظهار؛ لأن: ثم: للترتيب، فأما إمساكها في حال الظهار، فلم تتناوله الآية.

قيل له: هذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أنك لم تستعمل: ثم: علىٰ حقيقتها؛ لأنها موضوعة للتراخي، ولِمَ تجعلها كذلك؟ فمِن حيث أسقطتَ حكمها من هذا الوجه، وصارت بغير الحقيقة عندك، سقط الاحتجاج بها، ونقول لك حينئذ أيها المخالف: لما لم تكن للترتيب، صارت بمعنىٰ: الواو، كأنه قال: «وهم عائدون لما قالوا»، يعني: ما كانت عادتهم عليه قبل نزول الحكم علىٰ التأويل الذي قدَّمناه في المسألة.

والوجه الآخر: أنَّ المظاهِر قاصدٌ إلىٰ إمساكها عقيب الظهار؛ لأنه لو أراد خلاف ذلك لأبانها وطلقها بدل الظهار.

ويُفسد هذا قولَه من وجه آخر، وهو أنَّ الطلاق الرجعي لا ينفي الزوجية، ولا يمنع إمساكها علىٰ النكاح؛ لأنها امرأته بحالها، فهو ممسك لها بعد الطلاق، إذ لم يقع منه عود لما قال.

فإن قيل: إنما خرج من أن يكون ممسكاً لها علىٰ الحال الأول؛ لأن الطلاق الرجعي يوجب تحريماً، وإن لم يرفع النكاح.

قيل له: ينبغي أن يكون لو ظاهر منها ظهاراً ثانياً، أن يكون غير عائد؛ لأن الظهار يوجب تحريماً.

وأيضاً: فإن كان الطلاق الرجعي يوجب تحريماً، فينبغي أن يكون

عائداً به لما قال، لأنه قَصَدَ إلىٰ تحريمها بالظهار، ثم عاد لمثله في إحداث معنىً يوجب تحريمها، فالواجب أن يكون العود هو الطلاق نفسه[١]، وهذا قولٌ ظاهِرُ الإعلال، بيِّن الإحالة.

فإن قال: لأن الطلاق يوجب البينونة بعد انقضاء العدة.

قيل له: فإلىٰ أن تقع البينونة فالزوجية بسائر أحكامها قائمة، من نحو التوارث، وصحة إيجاب الظهار، واللعان ونحو ذلك، فينبغي أن يكون عائداً به لما قال، ويلزمه الكفارة، وأن يكون العود طلاقاً يوجب البينونة لا غير، وليس هذا من قوله.

* وأما قول مَن قال: إن العود أن يعيد القول مرة أخرىٰ: فقولٌ خارج عن اللغة، والإجماع[٢].

وذلك لأنه لاسبيل له إلىٰ إعادة القول علىٰ الحقيقة؛ لأن القول الثاني ليس بإعادة للأول، وإنما هو قول مبتدأ مثل ما تقدم، فلم يقتض اللفظ إعادة القول مرتين.

وأيضاً: قوله: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ﴾: ليس يقتضي قولاً ثانياً بحال؛ لأنه قد يقال لمن حرَّم شيئاً علىٰ نفسه، ثم استباحه، أنه قد عاد لما قال ولما حرَّم، وإن كانت الاستباحة بالفعل دون القول.

ويقال: عاد في عاريته، وفي قرضه: إذا أخذهما وإن لم يكن منه قول.

وأيضاً: «فإن سلمة بن صخر ظاهَرَ من امرأته، ثم وطئها، وسأل النبيَّ

---

(١) في الأصل: (كعينه)، والمثبت من (ق.ج).

(٢) انظر أحكام القرآن للجصاص ٤١٩/٣، أحكام القرآن للقرطبي ٢٨١/١٧.

صلىٰ الله عليه وسلم، فأمره بأن لا يطأها حتىٰ يكفِّر»[١]، ولم يسأله: هل أعدتَ القول مرتين؟ ولا: هل طلقتها؟

فدل علىٰ أنَّ إعادة القول مرتين ليس من شرطه، ولا الطلاق بعده.

وكذلك يدل عليه حديث أوس بن الصامت، حين ظاهر من امرأته خولة بنت ثعلبة، وفيهما نزلت آية الظهار[٢]، فأمره النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم بالكفارة[٣]، ولم يسأله هل أعدتَ القول مرتين أم لا؟

ولا يُحتاج إلىٰ إفساد قول القائل بإعادة القول إلىٰ كثيرِ حِجَاجٍ، لسقوطه وسقوط قائله، واتفاق الأمة علىٰ خلافه، إلا أنا أردنا التنبيه علىٰ جَهْله تَقَحُّمَه مخالفةَ الإجماع، مع ما هو عليه من التهمة علىٰ دين الإسلام، والتلاعب بالشريعة والأحكام[٤].

وقد روي عن علي، والحسن البصري فيمن ظاهر من امرأته في مقاعد شتىٰ، أن يكفر بكفارات شتىٰ[٥]، وإن ظاهر منها في مقعد واحد: فعليه كفارة واحدة.

وقال عطاء وطاوس ومجاهد والشعبي وإبراهيم: عليه كفارة واحدة[٦].

---

(١) انظر سنن الترمذي ٣/٥٠٣ ـ ح١١٩٩، نيل الأوطار ٦/٢٩٣.

(٢) انظر عمدة القاري شرح صحيح البخاري للعيني ٢٠/٢٨٠.

(٣) أبو داود ٢/٦٦٦، نيل الأوطار ٦/٢٩٤.

(٤) سبق قريباً أنه يريد داود الأصفهاني، وتم بيان أقوال العلماء فيه.

(٥) انظر مصنف عبد الرزاق ٦/٣٧، كنز العمال ١٠/١٣٠ (٢٨٦٤٩).

(٦) المراجع السابقة، والمبسوط ٦/٢٢٦.

فلم يشترط واحد منهما إعادةَ القول مرتين.

مسألة : [حكم الظهار بامرأتين]

قال : (ومن ظاهر من امرأتيه: كان مظاهِراً من كل واحدة منهما ظهاراً علىٰ حدة)[١].

وذلك لأنه قد أوجب بهذا القول تحريمَ كل واحدة منهما علىٰ حيالها، وارتفاع ذلك التحريم يتعلق بالكفارة، ولا يجوز أن يُرفع تحريم المرأتين جميعاً بكفارة واحدة، إذ كان هناك تحريمان.

وأيضاً: لو ظاهر من كل واحدة ظهاراً مفرداً، لم يُحِلَّها له إلا كفارتان، كذلك بالقول الواحد.

مسألة : [لو ظاهر من امرأته ثم طلقها ثلاثاً]

قال : (ولو ظاهر من امرأته، ثم طلقها ثلاثاً، فحلَّت له بعد زوج: لم يطأها حتىٰ يكفر)[٢].

لقوله تعالىٰ: ﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ مِّن قَبۡلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾[٣]، لم يفرِّق بين حاله قبل الطلاق، وبعده.

وأيضاً: فإن تحريم الظهار ليس يتعلق ببقاء الملك، وإنما يتعلق ببقاء الكفارة.

(١) انظر المبسوط ٦/٢٣٤.

(٢) انظر المبسوط ٦/٢٣٢.

(٣) المجادلة: ٣.

وأيضاً: فإن الطلاق الثلاث أوجب تحريماً آخر، فلا يرتفع تحريم الظهار بتحريمٍ آخر غيره، بل إن لم يؤكده، لم يرفعه، وليس يتعلق ارتفاع تحريم الظهار بالزواج الثاني، فيعتبر وجوده.

مسألة: [تحريم كل مسيس قبل الكفارة]

قال: (ولا يحل له وطء المظاهَرِ منها، ولا اللمس، ولا القُبلة)(١).

وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾(٢)، وذلك علىٰ كل مسيس: جماعاً كان أو غيره.

وأيضاً: روي عن ابن عباس «أنَّ النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال للذي ظاهر من امرأته: لا تَقْرَبها حتىٰ تُكَفِّرَ»(٣).

مسألة:

قال: (وسواء كان من أهل الرقبة أو الصيام أو الإطعام لا يقربها حتىٰ يكفِّر)(٤).

لأن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال للذي واقع امرأته بعد الظهار: «اعتزِل امرأتك حتىٰ تقضيَ ما عليك»(٥).

---

(١) انظر حاشية ابن عابدين ٣/٤٦٨.

(٢) المجادلة: ٣.

(٣) سنن الترمذي ٣/٥٠٣ ـ ح١١٩٩.

(٤) المبسوط ٦/٢٢٥.

(٥) أبو داود ٢/٦٦٦، (٢٢٢١-٢٢٢٢) بمعناه.

وفي بعض الأخبار: «حتىٰ تكفر»[١]، فلم يفرِّق بين الإطعام وغيره.

وأيضاً: فإن الظهار يوجب تحريم الوطء حتىٰ ترفعه الكفارة، وكونه غيرَ واجدٍ لبعض[٢] ما في الآية، لا يمنع بقاء التحريم حتىٰ يكفِّر.

مسألة : [إجزاء عتق الرقبة المؤمنة وغير المؤمنة في الظهار]

قال : (ويجزىء في الكفارة: الذكر والأنثىٰ، والمؤمن والكافر)[٣].

لقول الله تعالىٰ: ﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٍ﴾، وذلك عمومٌ يتناول الجميع.

وقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم لأوس بن الصامت: «أَعْتِق رقبة»[٤]، ولم يقل مؤمنةً ولا غيرها، وكذلك قال لسلمة بن صخر[٥].

فإن قيل: لما ذكر في القَتْل رقبةً مؤمنة، كان الظهار قياساً عليه في شَرْط الإيمان.

قيل له: لا يجوز عندنا قياس المنصوصات بعضها علىٰ بعض، فلما كانت الرقبة منصوصاً عليها في الموضعين: في أحدهما مقيدة، وفي الأخرىٰ مُطْلَقة، لم يجز حَمْل المطلَق علىٰ المقيَّد، كما لا يجوز حَمْل المقيد علىٰ المطلق في إسقاط التقييد.

---

(١) المرجع السابق.

(٢) في (ق.ج): «لنفس».

(٣) المبسوط ٣/٧، الهداية مع فتح القدير ٢٥٨/٤، وعند جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، ورواية في مذهب الإمام أحمد: أنه لا يجزئه إلا عتق رقبة مؤمنة في كفارة الظهار. انظر المغني والشرح الكبير ٥٨٥/٨، بداية المجتهد ١١١/٢.

(٤) سنن أبي داود ٦٦٣/٢ (٢٢١٤).

(٥) سنن الترمذي ٥٠٤/٣ (١٢٠٠)، وقال: هذا حديث حسن.

وأيضاً: فيه زيادة في النص، ولا يجوز عندنا الزيادة في النص.

وأيضاً: كما لم يجز قياس القتل علىٰ الظهار، لم يجز أيضاً قياس الظهار علىٰ القتل في إثبات شَرْط الإيمان في رقبته.

فإن قيل: فقد منعتَ جواز الرقبة العمياء، وشَرَطْتَ فيها الصحة وإن لم يكن لها ذكر في الآية، فقد زِدْتَ فيها ما ليس منها، فهلا أجزتَ شَرْطَ الإيمان فيها؟

قيل له: من قِبَل أنَّ الرقبة اسمٌ لها بجميع أعضائها، فاقتضىٰ عموم اللفظ رقبةً بكمالها، كما أنَّ قوله: ﴿فَٱقْتُلُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ﴾[1]، اقتضىٰ عموم الحكم في جميعهم، لا في أقل ما يتناوله الاسم منهم.

وأما الإيمان فليس من الرقبة في شيء، ولا هو من أجزائها، فلم يشتمل عليه اللفظ، ولو شرطناه كنا زائدين في حكم الآية ما ليس منها.

مسألة : [عدم جواز الرقبة الناقصة في كفارة الظهار]

قال : (ولا يجزىء الرقبة العمياء، ولا المقعد، ولا المقطوع اليد والرِّجْل من جانبٍ واحد)[2].

قال أبو بكر : الأصل فيه: أنَّ منفعة الجنس إذا كانت باقية فيما يُبتغىٰ من الرقاب: أجزأت، فإن كانت منفعة الجنس زائلة: لم يجز[3].

---

(١) التوبة: ٥.

(٢) المبسوط ٧/٢.

(٣) انظر الهداية مع شرح فتح القدير ٤/٢٦٠، المغني والشرح الكبير ٨/٥٨٧.

والدليل عليه: اتفاق الجميع علىٰ أنه لو كان مقطوع الأنملة: جاز[١]، فعلمنا أنَّ النقص اليسير لا يمنع الجواز، فقِسْنا علىٰ ذلك كلَّ نقصٍ يسير لا يُبْطِل منفعة الجنس فيما يُبتغىٰ منها.

وأما إذا زالت منفعة الجنس: فإنه لا يجزىء من وجهين:

أحدهما: أنَّ اسم الرقبة يتناول رقبة كاملة بجميع أجزائها؛ لأن اسم الرقبة يشتمل عليها، فجوَّزنا اليسير لما وصفنا، وحَمَلْنا الكثيرَ علىٰ حكم الآية.

والوجه الآخر: أنَّ المقطوع اليدين والرِّجلين لا يجزىء بلا خلاف نعلمه بين الفقهاء[٢]، والمعنىٰ فيه زوال منفعة جنس العضو، فكل ما كان مثله، فحكمه حكمه قياساً عليه.

مسألة: [عدم جواز المدبَّر وأم الولد في كفارة الظهار]

قال: (ولا يجزىء المدَبَّر، ولا أمُّ الولد)[٣].

وذلك لأن المدبَّر قد استحق العتق بالتدبير، ومن أجله لم يجز بيعه، فإذا أعتقه فإنما عجَّل له العتق المستحق بغير الكفارة، فلم يجز.

وأيضاً: قال النبي صلىٰ الله عليه وسلم في أم الولد: «أَعْتَقَها وَلَدُها»[٤]، فدل علىٰ أنَّ العتق مستحق بالاستيلاد.

وأيضاً: فإنها رقبة ناقصة، فهو كعتق بعض عبد.

---

(١) شرح فتح القدير ٤/٢٦١.

(٢) انظر الهداية مع شرح فتح القدير ٤/٢٦٠، المغني والشرح الكبير ٨/٥٨٧.

(٣) الهداية مع شرح فتح القدير ٤/٢٦١.

(٤) شرح السنة للبغوي ٩/٣٦٩.

مسألة : [جواز عتق المكاتب]

قال[1] : (ويجزىء فيه المكاتَب إذا لم يكن قد أدَّىٰ من كتابته شيئاً)[2].

وذلك لأن عتقه إياه يبطل الكتابة، وإذا سقط المال، جاز عتقه عن الكفارة، لأن الكتابة لم توجب له استحقاق العتق بها.

ألا ترىٰ أنه يجوز أن يعجز فيباع، وثبوت حق العتق يمنع جواز البيع علىٰ التأبيد، وامتناعُ جواز بيعه في حال كتابته لا يمنع جوازَ عتقه عن الكفارة، كالعبد الرهن، والمستأجَر، والعبد المدبَّر.

* **قال** : (وإن كان أدَّىٰ شيئاً من كتابته: لم يجز عتقه عن الكفارة)[3].

من قِبَل أنَّ ما تقدم من الأداء بدلاً من الرقبة، لا ينفسخ بعتقه، وقد ملكه علىٰ وجه البدل، فلا يجزىء عن الكفارة، كمن أعتق عبده علىٰ مالٍ عن كفارته، فلا يجزىء.

مسألة :

قال : (ولا يجزىء مقطوع الإبهامين)[4].

وذلك أنَّ الإبهام من الكف يقوم مقام أكثر الأصابع بفضل قوتها، ولأن سائر الأصابع يستعين بها، فيقوم مقام أكثرها.

* (ولا يجزىء المقطوع ثلاث أصابع غير الإبهام).

---

(١) مختصر الطحاوي ص٢١٣.

(٢) الهداية مع شرح فتح القدير ٤/٢٦١.

(٣) الهداية مع شرح فتح القدير ٤/٢٦١.

(٤) الهداية مع فتح القدير ٤/٢٦٠.

لذهاب أكثر منفعة العضو، فهو كذهاب جميعه.

مسألة : [عدم جواز عتق العبد المشترَك]

قال : (ومَن أعتق عبداً بينه وبين آخر: لم يُجْزِه من الكفارة في قول أبي حنيفة، موسراً كان أو معسراً)[1].

وذلك لأن من أصله: تبعيض العتق، فقد أعتق نصيبَه، ونصيبُ الآخر باق علىٰ ملكه.

فإن كان موسراً فضمنه، فإنما انتقل إليه بالضمان نصيبٌ ناقص بعتق النصف الآخر، ألا ترىٰ أنَّ الشريك لم يجز بيعه فيه قبل تضمينه إياه، فصار كالمدبَّر، فلا يجزىء عن الكفارة.

وليس هذا مثل أن يكون له جميع العبد، فيعتق نصفَه عن الكفارة، ثم يعتق النصف الآخر ينويها، فيجزيه؛ لأن النقص الداخل في النصف الباقي إنما كان من جهة عتقه عن الكفارة في ملكه، فلما أعتق النصف الآخر، فقد كمل ذلك العتق، فأجزأه.

وأما العبد بين الرجلين، فإن النقص حصل في ذلك النصف، وهو في ملك الغير، والجزء الفائت بالعتق في ملك الغير لا يجزىء عن كفارته، ثم مَلَكَ بالضمان نصفاً ناقصاً، فلم يجزىء عن الكفارة.

وأما إذا كان معسراً، واختار الشريكُ السعايةَ، فإنه يَعْتِقُ علىٰ الشريك، فلا يجزىء أيضاً.

* فأما في قول أبي يوسف ومحمد: فإن كان موسراً، فضَمِنَ:

---

(١) المبسوط ٧/٧، الهداية مع شرح فتح القدير ٢٦٣/٤.

أجزأه[١]؛ لأن من أصلهما أنَّ العتق لا يتبعض، وقد أُعتق العبد كلُّه عليه من غير بدل يُستحق علىٰ العبد، لما حصل له من العتق به.

وإن كان معسراً: أُعتق عليه كله أيضاً، إلا أنه لا يجزيه من الكفارة، من قِبَل ما استحق علىٰ العبد من بدل رقبة، فصار كعتق عبدٍ أُعتق علىٰ مال، فلا يجزىء عن الكفارة.

مسألة: [الصيام في كفارة الظهار]

قال: (ومَن لا يقدر علىٰ الرقبة: صام شهرين متتابعين، ليس فيهما يوم النحر، والفطر، وأيام التشريق)[٢].

وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾[٣].

ونهىٰ النبي صلىٰ الله عليه وسلم عن صوم هذه الأيام[٤]، فكان صومها ناقصاً، فلم يجزىء عن الفرض.

* **قال**: (فإن قطع صومه من فرض أو غيره: كان عليه أن يستقبل)[٥].

وذلك لأن الله تعالىٰ أوجبها بصفة التتابع، فلا يجزىء أن يأتيَ بهما إلا علىٰ الصفة، كما لا يجزىء في القتل رقبة غير مؤمنة؛ لأن الله تعالىٰ

---

(١) الهداية مع شرح فتح القدير ٤/٢٦٣.

(٢) الهداية مع شرح فتح القدير ٤/٢٦٦.

(٣) المجادلة: ٤.

(٤) سنن أبي داود ٢/٨٠٤، الفتح الرباني ١٠/١٤٠، انظر أحكام العيدين، رسالة ماجستير ص٢٧٦، للباحث محقِّق هذا الجزء.

(٥) الهداية مع شرح فتح القدير ٤/٢٦٧، «أن يستقبل: أي: يستأنف».

أوجبها بشرط الإيمان.

* **قال** : (فإن قَدَرَ علىٰ الرقبة قبل خروجه من الصوم: بطل ما مضىٰ منه، ولا يجزيه إلا العتق)[١].

من قِبَل قول الله تعالىٰ: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾، فإنما أجاز صومهما بشريطة عدم الرقبة، فإذا وجدها قبل الفراغ منها: لزمته الرقبة، وبطل ما بقي من الصوم.

وأيضاً: إذا بطل ما بقي من الصوم، بطل الماضي منه؛ لأنه لا يصح بعضه دون بعض، وقد بيَّنَّا نظير هذه المسألة في المتيمم إذا رأىٰ الماء في الصلاة.

مسألة : [الإطعام في كفارة الظهار]

قال : (ومَن لا يقدر علىٰ الصيام: فعليه إطعام ستين مسكيناً، يجزيه فيه إطعام المؤمن والكافر)[٢].

لقول الله تعالىٰ: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾، ولم يخصَّ بعضاً دون بعض.

قال : (ويطعم كل مسكين نصفَ صاعِ حنطةٍ، أو صاعَ تمرٍ أو شعيرٍ)[٣].

---

(١) المبسوط ٧/١٢.

(٢) وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، وروي عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنَّ ما أوجبه علىٰ نفسه بنذره يجوز صرفه إلىٰ فقراء أهل الذمة، فأما ما أوجبه لله تعالىٰ عليه لا يصرفه إلا إلىٰ فقراء المسلمين. انظر المبسوط ٧/١٨.

(٣) الهداية مع شرح فتح القدير ٤/٢٦٨.

وذلك لما حدثنا محمد بن بكر قال: حدثنا أبو داود قال: حدثنا عثمان بن أبي شيبة ومحمد بن سليمان الأنباري قال: حدثنا ابن إدريس عن محمد بن إسحاق عن محمد بن عمرو عن عطاء عن سليمان بن يسار عن سلمة بن صخر قال:

(كنتُ امرأً أصيب من النساء ما لا يصيب غيري، فلما دخل شهر رمضان ظاهرت من امرأتي حتىٰ ينسلخ شهر رمضان، فوقعت عليها ليلة، ثم انطلقت إلىٰ النبي صلىٰ الله عليه وسلم، فأخبرته، فقال: حرِّر رقبة.

قلت: والذي بعثك بالحق! ما أملك رقبةً غيرها، وضربتُ صفحة رقبتي.

قال: فصم شهرين متتابعين.

قال: وهل أَصبتُ الذي أَصبتُ إلا من الصيام.

قال: فأَطْعِم وَسْقاً من تمرٍ ستين مسكيناً.

قال: والذي بعثك بالحق لقد بِتْنا وَحْشَيْن[1] ما لنا طعام.

قال: فانطلِقْ إلىٰ صاحب صدقة بني زُرَيق، فليدفعها إليك، فأطعِم ستين مسكيناً وَسْقاً من تمر، وكُلْ أنتَ وعيالك بقيَّتها»[2].

حدثنا محمد بن بكر قال: حدثنا أبو داود قال: حدثنا الحسن بن علي قال: حدثنا يحيىٰ بن آدم قال: حدثنا ابن إدريس عن محمد بن إسحاق عن

---

(١) أي مُقْفِرَيْن لا طعام لنا.

(٢) سنن أبي داود ٢/٦٦٠، سنن الترمذي ٣/٥٠٤، وقال: هذا حديث حسن.

معمر بن عبد الله بن حنظلة عن يوسف بن عبد الله بن سلام عن خولة[١] بنت مالك بن ثعلبة قالت:

«ظاهر مني زوجي أوسُ بن الصامت، فذكرتْ قصة نزول آية الظهار، فقال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: يعتق رقبة.

قالت: لا يجد.

قال: فليصم شهرين متتابعين.

قالت: إنه شيخ كبير ما به من صيام.

قال: فليطعم ستين مسكيناً.

قالت: ما عنده شيء يتصدق به.

قال: فَأُتِي سأعينه بعَرَقٍ من تمر.

قلت: يا رسول الله، وأنا أعينه بعَرَقٍ آخر.

قال: قد أحسنتِ، اذهبي فأطعمي بها عنه ستين مسكيناً، وارجعي إلىٰ ابن عمك.

قال: والعَرَق ستون صاعاً.

قال أبو داود: في حديث الحسن بن علي قال: حدثنا عبد العزيز بن يحيىٰ قال: حدثنا محمد بن سلمة عن ابن إسحاق بهذا الإسناد نحوه، إلا أنه قال: «والعَرَق مِكْتَل يسع ثلاثين صاعاً»[٢].

---

(١) في (ق.ج): «حرملة».

(٢) سنن أبي داود ٢/٦٦٣ ـ ح٢٢١٤، الفتح الرباني ترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني ١٧/٢٢، وقال: هذا حديث صحيح.

قال أبو داود: وهذا أصح الحديثين.

وحدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا محمد بن شاذان قال: حدثنا معلىٰ الرازي قال: حدثنا ابن أبي زائدة قال: حدثنا محمد بن إسحاق عن معمر بن عبد الله عن يوسف بن عبد الله بن سلام قال: حدثتني خولة بنت مالك بن ثعلبة، وكانت تحت أوس بن الصامت أنَّ النبي صلىٰ الله عليه وسلم أعان زوجها حين ظاهر منها بعَرَق تمر، وأعانته هي بعرق آخر، فذلك ستون صاعاً، قالت: ثم قال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «تصدق بها»(١).

فثبت بهذه الأخبار أنَّ مقدار ما يُعطىٰ كل مسكين في كفارة الظهار صاع تمر.

وإذا ثبت ذلك في التمر، كان من البر نصف صاع؛ لأن كل مَن أوجب من التمر صاعاً، أوجب من البر نصفه، والشعير مثل التمر، لأن أحداً لم يفرِّق بينهما.

فإن قيل: قد روىٰ إسماعيل بن جعفر عن محمد بن أبي حرملة عن عطاء بن يسار أنَّ خولة بنت ثعلبة ظاهر منها زوجها أوس بن الصامت، وذكر الحديث إلىٰ أن قال لها النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «مُرِيه فليذهب إلىٰ فلان، فقد أخبرني أنَّ عنده شطر سويق، فليأخذه صدقة عليه(٢)، ثم ليتصدق به علىٰ ستين مسكيناً»(٣).

وقد رُوي في بعض أحاديث محمد بن إسحاق عن معمر بن عبد الله

---

(١) إعلاء السنن ١١/٢٣٦.

(٢) في (ق،ج): (عنه)، والمثبت من الأصل.

(٣) مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ٥/١٠.

عن يوسف بن عبد الله بن سلام عن خولة أنَّ النبي صلىٰ الله عليه وسلم أَمَرَ زوجها أن يتصدق بخمسة عشر صاعاً[١].

قيل له: أما حديث عطاء، فمرسل؛ لأنه لم يدرك أوس بن الصامت، ولا خولة امرأته[٢].

وعلىٰ أنه لو ثبت جميع ذلك لم يعارض ما ذكرنا؛ لأنا لم نقل إنه يجزىء من الكفارة، وإنما أعانه بما حضر في الوقت، وقد بُيِّن ذلك في الأخبار التي رويناها، أنه كانت معونة من النبي صلىٰ الله عليه وسلم إياه، وأنها أعانته أيضاً بنصف وَسْق.

وأيضاً: لو كانا متعارضين، كان خبرنا أَوْلىٰ، لما فيه من الزيادة.

* **قال أبو جعفر**: (ومن الزبيب في رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة نصف صاع.

وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة: صاعاً، وهو الصحيح علىٰ أصله، وهو قول أبي يوسف ومحمد من رأيهما)[٣].

وجه رواية أبي يوسف: أنَّ الزبيب عندهم كان أعز من التمر، وكان في معنىٰ الحنطة في قيمته، فجعلها مثلها.

وفي الرواية الأخرىٰ: أنه قد روي في صدقة الفطر: صاعاً من تمر أو زبيب، فسوَّىٰ بينهما، كذلك في الكفارة.

---

(١) سنن أبي داود ٢/٦٦٥ ـ ح٢٢١٨، السنن الكبرىٰ ٧/٣٩٢.

(٢) انظر مختصر سنن أبي داود ٣/١٤٢ ـ ح٢١٣٠.

(٣) الهداية مع شرح فتح القدير ٢/٢٩٠، ٢٩٤.

مسألة : [إطعام الغداء والعشاء]

قال : (وإن أطعمهم غداء وعشاء: جاز)[١].

لأن الله تعالىٰ قال: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾، والواجب منه وسط، وهو أكلتان في اليوم؛ لأن الأكثر في العادة ثلاث مرات، والأقل مرة.

* **قال** : (فإن أطعم مسكيناً واحداً ستين يوماً، كل يوم نصف صاع: أجزأه)[٢].

وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾، والعموم يقتضي جواز إعطائه في كل يوم، لشمول الاسم له، فإذا أعطيناه في يوم، ثم منعناه في اليوم الثاني، فقد عيَّنا الطعام في بعض المساكين دون بعض، وذلك خلاف موجَب اللفظ.

وليس يمتنع إطلاق لفظ: إطعام ستين مسكيناً، ويكون المراد به: أعداد الفعل دون أعداد المساكين، كقول الله تعالىٰ: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَهِلَّةِ﴾[٣]، وإنما هو هلال واحد، ولتكرار الأوقات عليه سماه أهلة.

«وأمر النبي صلىٰ الله عليه وسلم بالاستنجاء بثلاثة أحجار»[٤]،

---

(١) حاشية ابن عابدين ٣/٤٧٩.

(٢) الهداية مع شرح فتح القدير ٤/٢٧١ وهذا عند أبي حنيفة، وروي عن أبي يوسف روايتان: رواية يجزيه، ورواية لا يجزيه. مختصر الطحاوي ص٢١٤.

(٣) البقرة: ١٨٩.

(٤) بمعناه سنن أبي داود ١/٣٧.

ويجزىء بحجر واحد له ثلاثة جوانب.

وأَمَرَ بالرمي بسبع حصيات، وتجزىء حصاة واحدة لو رمىٰ بها سبع مرات[١].

مسألة: [عدم تكرار الكفارة لو جامع بعد الظهار]

قال: (ومَن جامع امرأته بعد الظهار قبل أن يكفِّر: لم يكن عليه إلا كفارة واحدة)[٢].

وذلك لما حدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا محمد بن شاذان قال: حدثنا معلىٰ قال: حدثنا يحيىٰ بن حمزة عن إسحاق بن أبي مروة عن بكير بن الأشج عن سليمان بن يسار عن سلمة بن صخر «أنه ظاهر في زمان رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم، ثم وقع بامرأته قبل أن يكفِّر، فأتىٰ رسولَ الله صلىٰ الله عليه وسلم، فذكر ذلك له، فأمره أن يكفِّر تكفيراً واحداً»[٣].

ورُوي نحو قولنا عن الحسن، وسعيد بن المسيب، وعطاء، وإبراهيم.

* وروي عن عمرو بن العاص، وسعيد بن جبير أنَّ عليه كفارتين[٤].

---

(١) أي رمي الجمرة في الحج في منىٰ، فيجوز مع الكراهة، انظر المبسوط ٤/٦٧، صحيح البخاري ٣/٥٨٠ (١٧٤٨).

(٢) بدائع الصنائع ٥/٢١٣٤، شرح فتح القدير ٤/٢٤٩.

(٣) سنن الترمذي ٣/٥٠٢ ـ ح١١٩٨ بمعناه. وقال: هذا حديث حسن غريب.

(٤) مصنف عبد الرزاق ٦/٤٣٠، المغني مع الشرح الكبير ٨/٦٢٠.

قال أبو بكر: والخبر الذي رويناه عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قد دل علىٰ معنيين:

أحدهما: أنَّ الجماع لا يلزمه كفارة أخرىٰ غير ما تعلق في الظهار.

والثاني: أنَّ الذي في الآية من الكفارة ما كان قبل المسيس، وليس فيها إيجابها بعد المسيس، فأفاد الخبر أنَّ وقوع الجماع لا يسقطها.

وقولنا أَوْلىٰ من جهة النظر؛ لأن كفارة الظهار متعلقة بإرادة الجماع بعد الظهار، وجماعه إياها ليس بظهار، فيتعلق به وجوب الكفارة، وإنما أكثر ما فيه أنه جامع جماعاً محظوراً، وحَظْر الجماع لا يوجب كفارة، ألا ترىٰ أنه لو جامعها وهي حائض: لم يلزمه كفارة.

وأيضاً: فلا سبيل إلىٰ إثبات الكفارات إلا من طريق التوقيف أو الاتفاق، وذلك معدومٌ في الجماع.

مسألة: [جماع المظاهر في ليل رمضان]

قال: (ومن جامع امرأته في الصيام ليلاً، أو في النهار ناسياً، والمجامَعة هي المظاهَر منها، فإن أبا حنيفة ومحمداً قالا: يستقبل الصيام، وقال أبو يوسف: يمضي علىٰ صيامه ولا يستأنف)[1].

وجه قول أبي حنيفة ومحمد: قول الله تعالىٰ: ﴿فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾[2]، وذلك مشروط في كل جزء منه؛ لأن ذلك مقتضىٰ اللفظ، إذ كان الشهران اسماً لهما بكمالهما، وسائرِ

(١) الهداية مع شرح فتح القدير ٤/٢٦٦.

(٢) المجادلة: ٤.

أجزائهما، وإذا كان كذلك، فقد تضمنت الآية نفي المسيس في الشهرين، وقبل الشهرين، فصار من صفة الشهرين أن لا يكون قبلهما مسيس ولا فيهما.

فإذا أوقع المسيس في الشهرين، فقد يمكنه أن يأتيَ بالشهرين علىٰ أحد الوصفين المشروطين، وهو أن لا يكون فيهما مسيس، وليس يمكنه أن يأتيَ بشهرين ليس قبلها مسيس، فوجب عليه أن يأتي بشهرين لا مسيس فيهما؛ لأنه متىٰ أمكنه الوفاء بأحد الشرطين: لم يُجْزِه أن يصومهما علىٰ غير ذلك.

ولأبي يوسف: أنا لو أمرناه بالاستئناف، لحصل الشهران جميعاً بعد المسيس، ولأَنْ يكون أحد الشهرين قبل المسيس، والآخر بعده، خير من أن يكون الشهران جميعاً بعد المسيس.

مسألة : [إن أطعم المظاهر ثلاثين مسكيناً ثم جامع]

قال أبو جعفر : (وإن أطعم ثلاثين مسكيناً، ثم جامع: لم يستقبل، وأطعم البقية)[1].

وذلك لأنه ليس في الإطعام شرطُ تقديمه علىٰ المسيس في الآية؛ لأنه قال: ﴿فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾، ولم يقل: قبل المسيس، وشَرَطَ ذلك في الصيام والعتق.

---

(١) الهداية مع شرح فتح القدير ٤/٢٧٢، حاشية ابن عابدين ٣/٤٧٧.

مسألة :

قال : (وإذا جامعها نهاراً متعمِّداً في الشهرين: استقبل في قولهم)[١].

لأنه أفسد الصوم، فبطل التتابع.

مسألة : [عدم صحة الظهار للذمي]

قال : (ولا يصح ظهار الذمي)[٢].

لأن الظهار يوجب تحريماً ترفعه الكفارة، والذمي لا كفارة عليه، فلم يتعلق بقوله حكم التحريم، إذ لو حرَّمناها، لم يكن تحريماً مؤقتاً بالكفارة.

* * * * *

(١) العناية مع شرح فتح القدير ٢٦٦/٤.

(٢) بدائع الصنائع ٢١٢٢/٥، وهذا عند فقهاء الحنفية والمالكية، وقال الإمام الشافعي رحمه الله، وهي رواية عن الإمام أحمد رحمه الله: يصح ظهاره، ويصح في الكفارة منه العتق والإطعام. انظر المغني والشرح الكبير ٥٥٥/٨.

باب اللعان

مسألة : [شروط اللعان]

قال أبو جعفر[١]: (وإذا قال الرجل لزوجته وهو حرٌّ، مسلم، بالغ، عاقلٌ، غير محدود في قذف، وهي كذلك: زنيتِ، أو قال: يا زانية: كان عليه اللعان إذا طالبته بذلك، وأيهما لم يلتعن: حُبِس حتىٰ يلتعن إذا طالب الآخر)[٢].

قال أبو بكر : الأصل فيه: قول الله تعالىٰ: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ...﴾[٣]. الآيات.

* (وأيهما لم يلتعن: حُبِس حتىٰ يلتعن، أو يقرَّ الزوج بكذبه علىٰ المرأة).

وذلك لأن القذف أوجب لها حق اللعان عليه، كما أوجب الجلد في الأجنبية، فلا يجب إلا بالمطالبة.

فإذا أبىٰ: أُجبر عليه؛ لأن ذلك حق لها كسائر الحقوق إذا امتنع الذي

---

(١) مختصر الطحاوي ص٢١٥.

(٢) المبسوط ٣٩/٧، بدائع الصنائع ٢١٤٨/٥، شرح فتح القدير ٢٧٦/٤، حاشية ابن عابدين ٤٨٣/٣.

(٣) النور: ٦.

لزمه من الخروج منها.

وكذلك إن أبت هي اللعان: أُجبرت عليه؛ لأن ذلك حق للزوج عليها في قطع فراشها، ونفي ولدها إن كان هناك ولد.

مسألة: [موانع اللعان]

قال أبو جعفر: (فإن كان الزوج عبداً، أو محدوداً في قذف: لم يجب اللعان، وعليه الحد)[1].

قال أبو بكر: يمنع اللعان بين الزوجين أحد معنيين[2]:

إما أن تكون المرأة ممن لا يُحَدُّ قاذفها، أو الزوج لا حَدَّ عليه لو قذف أجنبياً، فمتىٰ امتنع اللعان من هذا الوجه فلا حدَّ عليه، ولا لعان.

والمعنىٰ الآخر: أن يكون الزوج ممن يصح قذفه، والمرأة ممن تصح أن تكون مقذوفة، إلا أنَّ اللعان يبطل، بمعنىٰ: تبطل الشهادة.

فإن كان ذلك من قِبَل الزوج أو من قِبَلها، فعلىٰ الزوج الحدُّ، نحو أن يكونا محدودَيْن في قذف.

وإن كان من قِبَل المرأة دون الزوج، فلا حدَّ ولا لعان، نحو أن تكون المرأة محدودة في قذف، والزوج ليس كذلك.

والأصل في اعتبار معنىٰ الشهادة في المتلاعنين: قول الله تعالىٰ: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ﴾[3]، وقال في المحدود في القذف: ﴿وَلَا

---

(١) الهداية مع شرح فتح القدير ٤/٢٨٢، بدائع الصنائع ٥/٢١٥٢.

(٢) أحكام القرآن للجصاص ٣/٢٨٥.

(٣) النور: ٦.

﴿تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا﴾[١]، فانتفىٰ بذلك قبول شهادة المحدود في القذف علىٰ وجهٍ من الوجوه، وقد سمَّىٰ الله تعالىٰ اللعان شهادة، فانتفىٰ عن المحدود في القذف بعموم الآية.

وإذا صح ذلك في المحدود في القذف، كان كذلك حكم سائر مَن ليس من أهل الشهادة من وجهين:

أحدهما: اتفاق الجميع علىٰ أنه لا فَرْق بين المحدود في القذف وغيره ممن ليس من أهل الشهادة، وأنه متىٰ انتفىٰ اللعان من أحدهما، انتفىٰ من الآخر.

والوجه الثاني: قياس عليه بعلةِ أنَّ الحد في القذف يُخرجه من أن يكون من أهل الشهادة، ثم مُنِع اللعان، فوجب أن يكون كل وصفٍ يُخرجه من أن يكون من أهل الشهادة بمثابته.

وأيضاً: لما قال تعالىٰ: ﴿وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ﴾[٢]، فأثبتهم شهداء، ومعلوم أنَّ الإنسان لا يكون شاهداً لنفسه، فكانت فائدة ذكر الشهادة فيه: اعتبار كونه من أهل الشهادة في إيجاب اللعان.

فإن قال قائل: الأعمىٰ، والفاسق ليسا من أهل الشهادة، ويلاعِنان[٣].

قيل له: ليس كذلك؛ لأن الأعمىٰ من أهل الشهادة، وإنما المانع

(١) النور: ٤.

(٢) النور: ٦.

(٣) أحكام القرآن للجصاص ٣/٢٨٧.

من قبولها ما يحجره عن رؤية المشهود عليه، كرجل[١] أشهد علىٰ رجل من وراء الحجاب، فلا يُخرجه ردُّها لشهادته من كونه من أهل الشهادة.

وهذا المعنىٰ غير معتبر[٢] في اللعان؛ لأنه لا يُحتاج في وجوب اللعان بينهما أن يقول: رأيتُها تزني، وإنما يقول: هي زانية، فلما لم يكن من شرط اللعان أن يقذفها بزنىٰ بمعاينة منه، لم يعتبر[٣] الحائل بينه وبينها من عدم البصر.

وأما الفاسق، فإنه من أهل الشهادة؛ لأنها لم تُرَدَّ من طريق الحكم، وإنما رُدَّت من جهة الاجتهاد.

وأيضاً: فإن شهادته لم تبطل من طريق الحكم؛ لأن الحكم بإبطال شهادته من جهة الفسق لا يصح.

وليس كذلك الكافر، والعبد، والمحدود في قذف؛ لأن بطلان شهادة هؤلاء من جهة الحكم؛ لأن الكفر يصح الحكم به، ويثبت بالبينة عند الحاكم، وكذلك الرق، والحد في القذف، ولا يصح إثبات الفسق بالبينة عند الحاكم، ولا يجوز الحكم به، فلذلك اختلفا.

وأيضاً: فإن الفسق غير متيقَّن منه في حال الشهادة، إذ جائز أن يكون قد تاب في الحال من فسقه فيما بينه وبين الله تعالىٰ، فتصح توبته، فليس فسقه في هذه الحال من جهة اليقين، والكفر يقين؛ لأنه لو تاب فيما بينه

(١) في (ق.ج): «عدل».

(٢) في (ق.ج): «معين».

(٣) في (ق.ج): «لم يعين».

وبين الله تعالىٰ لم يكن مسلماً حتىٰ يُظهره بلسانه، فكذلك الرق، والحد في القذف متيقَّن، فلذلك فارق هذه الأشياء الفسق.

وأيضاً: روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «لا لعان بين أهل الكفر وأهل الإسلام، ولا بين العبد وامرأته»[(١)].

حدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا أحمد بن حمويه بن سنان التستري قال: حدثنا الحسن بن إسماعيل عن مجالد المصيصي قال: حدثنا حماد بن خالد عن معاوية بن صالح عن صدقة أبي توبة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال: «أربعٌ ليس بينهن ملاعنة: اليهودية، والنصرانية تحت المسلم، والمملوكة تحت الحر، والحرة تحت المملوك»[(٢)].

فهذا الذي ذكرناه دليل في اعتبار كون الملاعن من أهل الشهادة.

* وأما اعتبار المرأة في كونها ممن يحد قاذفها، فإن الأصل فيه: أنَّ حد قاذف الزوجات والأجنبيات كان الجلد بقوله: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾[(٣)].

والدليل علىٰ ذلك: حديث إبراهيم عن علقمة عن عبد الله «أنَّ رجلاً من الأنصار أتىٰ رسولَ الله صلىٰ الله عليه وسلم فسأله، فقال: لو أنَّ رجلاً

---

(١) لم أقف عليه بهذا اللفظ.

(٢) سنن ابن ماجه ٦٧٠/١، مصنف عبد الرزاق ١٢٧/٧، أحكام القرآن ٣٨٧/٣، نصب الراية ٢٤٨/٣، وأشار إلىٰ ضعفه.

(٣) النور: ٤.

وَجَدَ مع امرأته رجلاً، فتكلم به جلدتموه، أو قَتَل فقتلتموه، أو سَكَتَ سكَتَ علىٰ غيظ، فقال: اللهم افتح، وجعل يدعو، فنزلت آية اللعان». وذكر الحديث(١).

وروىٰ هشام بن حسان عن عكرمة عن ابن عباس «أنَّ هلال بن أمية قذف امرأته عند النبي صلىٰ الله عليه وسلم بشريك بن سحماء، فقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: البينة أو حدٌّ في ظهرك.

فقال هلال: والذي بعثك بالحق! إني لصادق، ولَيُنْزِلنَّ الله في أمري ما يبرىء ظهري من الجلد، فنزلت: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ﴾». وذكر الحديث(٢).

فثبت بذلك أنَّ حد الزوج في قذفه للمرأة كان الجلد، كالجلد في قذفه للأجنبية، ثم أبدل الله تعالىٰ الزوج من الجلد اللعان، فمَن لا يجب علىٰ قاذفها الحدُّ، لا يجب علىٰ زوجها اللعان بقذفه إياها، إذ كان اللعان أقيم مقام الجلد فيمن يجب علىٰ قاذفها الجلد.

ويدل علىٰ ذلك: أنَّ مَن قذف امرأته، فأوجبنا عليه اللعان، ثم أكذَبَ نفسه: وجب عليه الحد، وسقط اللعان، فحين سقط اللعان، عاد إلىٰ الأصل الذي كان واجباً عليه قبل وجوب اللعان(٣).

---

(١) صحيح مسلم ٢/١١٣٣ـ ح١٤٩٥، سنن أبي داود ٢/٦٨٥ ـ ح٢٢٥٣، الفتح الرباني ١٧/٢٤.

(٢) صحيح البخاري ٥/٤، صحيح مسلم ٢/١١٣٤ـ ح١٤٩٦، سنن أبي داود ٢/٦٨٦ ـ ح٢٢٥٤، فتح الباري ٨/٤٤٩.

(٣) أحكام القرآن للجصاص ٣/٢٨٥.

مسألة : [حكم محدود القذف في اللعان]

قال : (وإذا قذفها وهو محدودٌ في قذف، أو عبدٌ وهي حرة مسلمة: فعليه الحد)[١].

وذلك لأن اللعان سقط من جهته، فصار كإكذابه لنفسه في باب سقوط اللعان من جهته، فوجب عليه الحد.

وأيضاً: لما لم يجب اللعان لأنه عبد، صار كقاذف الأجنبية[٢].

* **قال :** (وإن كانت هي محدودة في قذف، وهو حرٌّ مسلم غير محدود: فلا حدَّ عليه).

لأن اللعان سقط من جهتها، فهو كتصديقها إياه.

* (ولو كانا جميعاً محدودين في قذف: فعليه الحد)[٣].

لأنه هو الذي يبدأ باللعان، وقد امتنع ذلك من جهته، فيحد.

مسألة : [الفرقة في اللعان]

قال : (ولا تقع الفرقة بعد اللعان حتىٰ يفرِّق الحاكم بينهما)[٤].

قال أبو بكر : وقال زفر: إذا فَرَغا من اللعان: وقعت الفرقة.

وجه القول الأول: ما روىٰ الزهري عن سهل بن سعد الساعدي «أنَّ النبي صلىٰ الله عليه وسلم لما لاعَنَ بين العجلاني وامرأته قال: كذبتُ

---

(١) الهداية مع شرح فتح القدير ٤/ ٢٨٢.

(٢) الهداية مع شرح فتح القدير ٤/ ٢٨٣.

(٣) المصدر السابق ٤/ ٢٨٤.

(٤) المبسوط ٧/ ٤٣، الهداية مع شرح فتح القدير ٤/ ٢٨٥.

عليها إن أمسكتُها»[1].

وفي بعض ألفاظ هذا الحديث: «كذبتُ عليها إن لم أفارقها، هي طالق ثلاثاً، قال: ففارقها قبل أن يفرِّق رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم بينهما»، فكانت سُنَّة المتلاعنين.

وفي حديث آخر: «أنَّ النبي صلىٰ الله عليه وسلم فرَّق بين المتلاعنين»، وأنه قال: «ذاكم التفريق بين كل متلاعنين»[2].

وهذه الألفاظ كلها دالة علىٰ أنَّ الفرقة غير واقعة باللعان، وذلك لأن العجلانيَّ لما قال: «كذبتُ عليها إن أمسكتُها»، و: «إن لم أفارقها هي طالق ثلاثاً»: فتضمَّن هذا القول إخباراً منه بأنها امرأته، إلا إن طلقها، وتَرَكَ النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم النكيرَ عليه في إخباره بأنها امرأتُه، باقيةً معه علىٰ النكاح، مباحةً له، ولا يجوز أن يترك النبي صلىٰ الله عليه وسلم النكير علىٰ مَن أخبر بإباحة فرجٍ محظور، وببقاء نكاح قد بطل، ووقعت البينونة فيه، فلما تَرَك النبيُّ عليه الصلاة والسلام النكير عليه، دلَّ علىٰ أنها كانت امرأته علىٰ ما أخبر به إلىٰ أن طلقها.

ويدل عليه قوله: «ففارقها قبل أن يفرِّق رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم بينهما»، ولو كانت الفرقة واقعة بنفس اللعان، لم يصح قوله: «ففارقها».

---

(١) صحيح البخاري ١٧٩/٦، صحيح مسلم ١١٢٩/٢- ح١٤٩٢، سنن أبي داود ٦٧٩/٢.

(٢) ينظر الحاشية السابقة.

وقد ذُكر في حديث الزهري هذا لفظٌ آخر فيه تصريحٌ بإبطال قول مخالفنا[١].

وهو ما حدثنا محمد بن بكر قال: حدثنا أبو داود قال: حدثنا أحمد بن عمرو بن السرح قال حدثنا ابن وهب عن عياض[٢] بن عبد الله الفهري وغيره عن ابن شهاب عن سهل بن سعد أنه ذكر قصة عويمر العجلاني، واللعانَ الذي كان بينهما فقال فيه:

«فطلَّقها ثلاثَ تطليقات عند رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم، فأنفذه رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم، وكان ما صَنَعَ عند النبي صلىٰ الله عليه وسلم.

قال سهل: حضرتُ هذا عند رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم، فمضت السنَّة بعدُ في المتلاعنين: أن يُفرَّق بينهما، ثم لا يجتمعا أبداً».

فزعم بعض المخالفين أنَّ الفرقة كانت واقعةً بلعان الزوج، وأن البائنة لا يلحقها الطلاق، وفي هذا الخبر تصريح ببطلان قوله؛ لأن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أنفذ تطليقاته الثلاث، ولو كانت الفرقة واقعة باللعان

---

(١) اختلف الفقهاء في الفرقة هل تكون بنفس اللعان، أو بإيقاع الحاكم، أو بلعان الزوج؟ فقال أبو حنيفة وصاحباه، وهي رواية عن الإمام أحمد: بأن الفرقة تقع بإيقاع الحاكم، أو بطلاق الزوج، ولا تقع باللعان.

وقال مالك والشافعي، وهي رواية عن الإمام أحمد، وقول للإمام زفر من الحنفية: أنها تقع باللعان نفسه، ولا حاجة إلىٰ تفريق الحاكم، أو إلىٰ طلاق الزوج. انظر التفصيل فتح الباري: ٤٤٧/٩، الهداية مع شرح فتح القدير ٢٨٥/٤، بداية المجتهد ١٢١/٢، المغني والشرح الكبير ٢٩/٩.

(٢) في (ق.ج): «عاصم».

لما نفذت علىٰ قوله.

ودلالته قائمة أيضاً علىٰ قولنا؛ لأن فرقة اللعان عندنا طلاق، فلو كانت واقعة لما نفذت التطليقات الثلاث، وإنما كان ينفذ منها اثنتان، وقد أخبر أنَّ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أنفذ التطليقات الثلاث.

وأيضاً: روي أنَّ النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال: «ذاكم التفريق بين كل متلاعنين»[١]، ومعناه: فرِّقوا بينهما، فدل علىٰ أنَّ الفرقة لم تقع بنفس اللعان[٢].

ومن جهة النظر: أنَّ اللعان ليس بصريح البينونة، ولا كناية عنها، فلا تقع الفرقة حتىٰ يفرِّق الحاكم، كسائر الألفاظ التي ليست بكناية عن البينونة.

وأيضاً: لما تعلق حكم اللعان بالحاكم، أشبه الشهادة التي تتعلق صحتها بالحاكم، ولا يقع موجَبُها من الفرقة حتىٰ يقضيَ بها الحاكم، كما لا يثبت حكم الشهادة إلا بعد قضاء القاضي.

وليس كالإيلاء، لأنه يصح بغير حكم حاكم، فكذلك ما يتعلق به من الفرقة.

مسألة : [اللعان تطليقة بائنة]

قال : (وفرقة اللعان تطليقة بائنة في قول أبي حنيفة ومحمد)[٣].

---

(١) صحيح مسلم ٢/١١٢٩- ح١٤٩٢.

(٢) شرح فتح القدير ٤/٢٨٧.

(٣) الهداية مع شرح فتح القدير ٤/٢٨٦.

لأنها تعلقت بسبب من جهة الزوج، حكمه مقصور علىٰ النكاح، لا يوجب تحريماً مؤبداً، وهذا هو حقيقة الطلاق.

(وفي قول أبي يوسف: ليس بطلاق)؛ لأن من أصله: أنه يوجب تحريماً مؤبداً، والطلاق لا يوجب تأبيداً في التحريم.

مسألة: [حكم المحدود في القذف في اللعان]

(وإذا حُدَّ الزوج في قَذْف، أو المرأة، أو صارا بحيث لو اجتمعا ثم قَذَفَها لم يجب اللعان: جاز له أن يتزوجها في قول أبي حنيفة ومحمد)[١].

وذلك لأن حدوث هذا المعنىٰ يُبطل حكم اللعان الماضي، والدليل علىٰ ذلك أنه يمنع وقوعه في المستقبل، ومتىٰ بطل حكم اللعان: جاز له أن يتزوجها إذا كان تحريم النكاح متعلقاً ببقاء اللعان، ألا ترىٰ أنَّ هذا المعنىٰ لو كان موجوداً وقت الفرقة[٢]، لم يجب اللعان.

فإن قيل: لو بطل حكم اللعان، لعادت زوجته كما كانت.

قيل له: لا يجب ذلك، لأن مَن طلق امرأته ثلاثاً، ثم تزوجت زوجاً آخر، فدخل بها: ارتفع به التحريم الموجَب بالطلاق الثلاث، ولا يعود العقد الأول بينهما، بل يحتاج إلىٰ فراق الثاني وعَقدٍ مستقبَل للأول، وكذلك حدوث ما ذكرنا، يرفع التحريم الواقع باللعان، ولا ترتفع مع ذلك البينونة إلا بنكاح مستقبل.

ويدل علىٰ بطلان حكم اللعان بإكذابه نفسه، وجَلْد الحدِّ: أنَّ اللعان حدٌّ.

---

(١) المصدر السابق ٤/٢٨٨.

(٢) في (ق.ج): «القذف».

والدليل علىٰ ذلك ما حدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا محمد بن أحمد بن نصر الخراساني أبو جعفر قال: حدثنا عبد الرحمن بن موسىٰ قال: حدثنا نوح بن دراج[(١)] عن ابن أبي ليلىٰ عن الحكم عن سعيد بن جبير عن ابن عباس قال: «لما لاعن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم بين المرأة وزوجها فرَّق بينهما، وقال: إن جاءت به أزجَّ القدمين يشبه فلاناً، فهو منه.

قال: فجاءت به يشبهه، فقال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: لولا ما مضىٰ من الحدِّ، لرجمتُها»[(٢)]، فسمىٰ اللعان حدّاً.

وقد روي: «لولا ما مضىٰ من الأيمان»[(٣)]، «ولولا ما مضىٰ من كتاب الله».

وكله صحيح يجوز أن يكون قال الجميع.

فإذا أكذب نفسه وجُلِد الحد لذلك القذف: بطل حكم اللعان، لاستحالة اجتماع حدَّيْن عليه في قذف واحد.

فدل ذلك علىٰ أنَّ اللعان قد بطل حكمه، فبطل ما تعلق به من حكم التحريم، فجاز له تزويجها[(٤)].

ويدل علىٰ بطلان حكم اللعان: أنه لو لاعنها بولد، ثم أكذب نفسه: لَحِقَ به نسب الولد، وهذا يدل علىٰ إبطال حكم اللعان؛ لأن نفي الولد

---

(١) في (ق.ج): «حراج».

(٢) أحكام القرآن ٣/٢٨٦.

(٣) في سنن أبي داود ٢/٦٨٨ ـ ح٢٢٥٦: «لولا الأيمان لكان لي ولها شأن».

(٤) انظر أحكام القرآن للجصاص ٣/٣٠٢.

كان أحد الأحكام المتعلقة باللعان.

فإن قال قائل: روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «المتلاعنان لا يجتمعان أبداً»[١].

قيل له: إن هذا كلام الزهري[٢] مُدْرَج في الحديث، ليس عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم.

وروىٰ محمد بن إسحاق عن الزهري عن سهل بن سعد في قصة المتلاعنين قال الزهري: «فمضت السنة أنهما إذا تلاعنا: فُرِّق بينهما، ثم لا يجتمعان أبداً»[٣].

ولو ثبت ذلك عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم لم يدل علىٰ موضع الخلاف بيننا، وذلك لأنه علَّق الحكم بالصفة، فيكون بقاؤه موقوفاً علىٰ بقاء الصفة، لأنه قال: «المتلاعنان لا يجتمعان أبداً»، وهذا يقتضي مَنْع الاجتماع ما داما علىٰ حال التلاعن، وما دام[٤] حكم اللعان باقياً، فإذا أكذب نفسَه، وجُلِدَ الحدَّ: بطل حكم اللعان، وزال حال[٥] التلاعن، وهذه الحال لم ينتظمها[٦] الخبر.

---

(١) سنن أبي داود ٢/٦٨٣ ـ ح٢٢٥٠.

(٢) صحيح مسلم ٢/١١٣٠، شرح السنة للبغوي ٩/٢٥٦.

(٣) جامع الأصول ١٠/٧٨٦.

(٤) في الأصل: «كان»، والمثبت من (ق.ج).

(٥) في (ق.ج) «حد».

(٦) «لم»: ساقط من الأصل، والمثبت من (ق.ج).

وهـذا كقولـه تعـالىٰ: ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾[(١)]، وكقولـه تعـالىٰ: ﴿فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ﴾[(٢)]، وكقولـه: ﴿لَا يَنَالُ عَهْدِى ٱلظَّٰلِمِينَ﴾[(٣)]، والمعنىٰ في جميع ذلـك: مراعـاة الـصفة الـتي علـق بهـا الحكم، دون لزومه[(٤)] علىٰ التأبيد.

ويدل علىٰ ذلك: ما روىٰ ابـن المبـارك عـن يـونس عـن الزهـري في المتلاعنين لا يتراجعان أبداً إلا أن يكذِّب نفسَه، فيُجلد الحدَّ، فـلا جنـاح عليهما أن يتراجعا[(٥)].

فعلمنا أنَّ روايته: مَضَت السنة أن لا يجتمعا: يعني ما داما علـىٰ حـال التلاعن[(٦)].

وكذلك تأويل قول مَن رُوي عنه مـن الـصحابة أنهمـا لا يجتمعـان، وهم: علي وعمر وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم[(٧)].

وروي عن إبراهيم وسعيد بن المـسيب أنـه إذا أكـذب نفـسه، وجُلِـدَ

---

(١) التوبة: ٩١.

(٢) التوبة: ٥.

(٣) البقرة: ١٢٤.

(٤) في (ق.ج): «يراد به».

(٥) مصنف عبد الرزاق ٧/١١١.

(٦) أحكام القرآن للجصاص ٣/٣٠٢.

(٧) مصنف عبد الرزاق ٧/١١٢، السنن الكبرىٰ ٧/٤١٠، والمغني ٩/٣٣.

الحدَّ: جاز له أن يتزوجها[١].

ويُروىٰ عن سعيد بن جبير: أنَّ فرقة اللعان لا تُبِنْها منه، وأنه إذا أكذب نفسه: رُدَّت إليه امرأته، ولم يوافقه علىٰ ذلك أحد[٢].

فإن قال قائل: روىٰ سعيد بن جبير عن ابن عمر أنَّ النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال للمتلاعنين: «حسابكما علىٰ الله، أحدكما كاذب، لا سبيل لك عليها»[٣]، ولو كان تحريمها غير مؤبَّد لبيَّنه، كما قال الله تعالىٰ: ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ﴾[٤].

قيل له: أول ما في هذا أنَّ قوله: «لا سبيل لك عليها»: لا يدل علىٰ تحريم نكاحها، وإنما يفيد البينونة وقَطْع الزوجية، كما تقول: لا سبيل لك علىٰ الأجنبية، ولا علىٰ عبدِ زيدٍ، ولا يفيد تحريم عقد النكاح والشراء.

وعلىٰ أنه لو كان يفيد مَنْع العقد، لكانت الدلائل التي ذكرناها في جواز العقد مضمومةً إليه، فيصير حينئذ كأنه قال: لا سبيل لك عليها ما دمتما علىٰ حال اللعان.

كما قال النبي صلىٰ الله عليه وسلم لأم حبيبة[٥] لما قالت له: هل لك

(١) مصنف عبد الرزاق ١١١/٧، أحكام القرآن للجصاص ٣٠٢/٣، المغني والشرح الكبير ٣٤/٩.

(٢) صحيح مسلم ١١٣٢/٢.

(٣) صحيح البخاري ١٨١/٦، صحيح مسلم ١١٣٠/٢.

(٤) البقرة: ٢٣٠.

(٥) أم المؤمنين أم حبيبة اسمها: رملة بنت أبي سفيان بن حرب بن أمية، وأمها صفية بنت أبي العاص بن أمية عمة عثمان بن عفان، تزوجها عبيد الله بن جحش، =

في أختي أن تتزوجها؟ فقال: «إنها لا تحل لي»[١]، ومعناه: ما كنتِ عندي، لا على التأبيد.

ويدل من جهة النظر على جواز نكاحها: قول الله تعالىٰ: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾[٢]، وقوله تعالىٰ: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾[٣]، وقوله: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِيٓ أَنفُسِهِنَّ﴾[٤]، ونحو ذلك من الآي المتضمنة لإباحة عقد النكاح.

مسألة: [نفي الولد بعد الولادة]

(وإذا نفىٰ ولدَها بحضرة ولادتها إياه، أو بعد ذلك بيومٍ أو يومين: لاعنها، وانتفىٰ ولدها، وإن لم ينفه في الوقت الذي ذَكَرْنا: لم يكن له أن يَنْفيَه بعد ذلك في قول أبي حنيفة)[٥].

فولدت له حبيبة فكنيت بها.

وكان عبيد الله بن جحش هاجر بأم حبيبة معه إلىٰ أرض الحبشة في الهجرة الثانية، فتنصر، وارتد عن الإسلام، وتوفي بأرض الحبشة، وثبتت أم حبيبة علىٰ دينها، وزوجها النجاشي عنده لرسول الله صلىٰ الله عليه وسلم بمهر من عنده أربع مائة دينار، توفيت سنة أربع وأربعين في خلافة معاوية بن أبي سفيان. انظر طبقات ابن سعد ٩٦/٨.

(١) صحيح البخاري ١٢٥/٦، صحيح مسلم ١٠٧٢/٢ـ ح١٤٤٩.

(٢) النساء: ٣.

(٣) النساء: ٢٤.

(٤) البقرة: ٢٣٤.

(٥) المبسوط ٥١/٧، الهداية مع شرح فتح القدير ٢٩٤/٤.

والأصل في نفي نسب الولد من الأب باللعان: ما رواه مالك وعبيد الله بن عمر وفليح بن سليمان عن نافع عن ابن عمر أنَّ النبي صلىٰ الله عليه وسلم فرَّق بين المتلاعنين وألحق الولد بالمرأة[١].

وفي حديث عباد بن منصور عن عكرمة عن ابن عباس «أنَّ النبي صلىٰ الله عليه وسلم قضىٰ في ابن الملاعنة أن لا يُدعىٰ لأبٍ»[٢].

وأما وجه قول أبي حنيفة في اعتبار حال الولادة من غير توقيت: فهو أنَّ الفقهاء متفقون علىٰ أنه لو سكت عن نفيه سنة أو سنتين: لم يكن له بعد ذلك أن ينفيَه، وأن له نفيه بعد الولادة بالوقت اليسير، فجعل أبو حنيفة سكوتَه في الوقت الذي لو أراد نفيه نفاه: إقراراً بالولد، ولم يؤقِّت فيه شيئاً؛ لأنه محمول علىٰ ما يظهر من قبول التهنئة ونحوها.

(وقال أبو يوسف، ومحمد: له أن ينفيَه ما بينه وبين أربعين يوماً)[٣]، لأن الأربعين مدة النفاس، ومدة النفاس هي حال الولادة، فلذلك اعتُبر فيه هذه المدة.

فصل:

قال أبو جعفر[٤]: (وإن كان غائباً في حال الولادة، فقَدِم فيما بينه وبين حولين: كان له أن ينفيَه ما بينه وبين أربعين يوماً، ما كان ذلك في الحولين، فإن خرج الحولان: لم يكن له أن ينفيَه بعد ذلك، فإن نفاه:

(١) صحيح البخاري ٦/ ١٨١، صحيح مسلم ٢/ ١١٣٤ـ ح١٤٩٤.

(٢) سنن أبي داود ٢/ ٦٩٠ـ ح٢٢٥٦.

(٣) الهداية مع شرح فتح القدير ٤/ ٢٩٥.

(٤) مختصر الطحاوي ص٢١٦.

لاعن بالقذف، وكان ابنه علىٰ حاله)[1].

قال أبو بكر: لا نعرف تقدير هذين الحولين إلا فيما ذكره أبو جعفر، ويُشبه أن يكون إن صح اعتبار الحولين عنهم: أن يكون علىٰ قول أبي يوسف ومحمد في وقت الرضاع.

ولأنه معلوم أنه لو قَدِمَ بعد عشر سنين أو عشرين سنة: لم يكن له نفيه.

كذلك إذا انتقل من حد الرضاع إلىٰ حال الاغتذاء بالطعام: لم يكن له أن ينفيه.

وأما اعتبار الأربعين في الحولين إذا قَدِم، فهو كما اعتبر بعد الولادة إذا كان حاضراً.

مسألة: [نفي الحمل]

قال: (وإذا نفىٰ حملَ امرأته: لم يلاعن في قول أبي حنيفة في حال الحمل، ولا بعد الولادة)[2].

وذلك لأنا لا نثبت القذف بالاحتمال والجواز؛ لأنه مما يسقط حكمه بالشبهة، فإذا كان الحمل غير معلوم من جهة اليقين، لم يثبت اللعان في الحال؛ لأنه بمنزلة الحد.

وإن ولدت لأقل من ستة أشهر: لم يلاعن أيضاً؛ لأنه لمَّا لم يكن ذلك النفي قَذْفاً في الابتداء، لم يجز وقوفه علىٰ وضع الحمل، لأنه يصير قذفاً

---

(١) المبسوط ٧/٥٢، شرح فتح القدير ٤/٢٩٥.

(٢) شرح فتح القدير ٤/٢٩٣.

معلَّقاً بشرط، فلا يجب به لعان.

كما أنه لو قال: إذا جاء رأس الشهر فأنتِ زانية، أو قال: إذا وضعتِ ما في بطنك فأنتِ زانية: لم يكن قَذْفاً يجب به حدٌّ، ولا لعان.

وما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه لاعن بالحمل[1]، فإن الزوج كان قَذَفَها بالزنىٰ، وكذلك نقول: إذا قذفها بالزنىٰ: لاعَنَها حاملاً كانت أو غير حامل، وإنما الموضع الذي لا يوجِب فيه أبو حنيفة اللعان: إذا قال: إن هذا الحمل ليس مني، ولم يقل: أنت زانية.

وقد روي في حديث عباد بن منصور عن عكرمة عن ابن عباس في قصة المتلاعنين أنَّ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم فرَّق بينهما، وقضىٰ أن لا يُدعىٰ ولدها لأب، وقال: إن جاءت به علىٰ صفة كَيْت وكَيْت، فهو لهلال بن أمية، وإن جاءت به علىٰ صفة أخرىٰ ذكرها، فهو للذي رميته به[2].

فذكر فيه أنَّ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم قضىٰ أن لا يُدعىٰ الولد الذي هي حامل به لأبٍ.

وعباد بن منصور ضعيف جداً[3]، ومع ذلك فإن أهل المعرفة بذلك لا يشكُّون أنَّ في حديث عباد بن منصور كلاماً كثيراً، ليس من كلام النبي صلىٰ الله عليه وسلم، مندرجاً في الحديث.

---

(١) سنن أبي داود ٢/٦٩٠ـ ح٢٢٥٦، وبمعناه عند مسلم ٢/١١٣٤ـ ح١٤٩٧.

(٢) المرجعين السابقين.

(٣) مختصر سنن أبي داود للحافظ المنذري: ٣/١٦٩، تهذيب التهذيب ٥/٩٠، وقال أبو حاتم: كان ضعيف الحديث.

فإن قال قائل: الحمل محكوم عليه قبل الولادة. قال الله تعالىٰ: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[١]، وقال: ﴿فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[٢].

ولو اشترىٰ جارية، فقال النساء: إنها حامل: كان له ردها بالعيب، وإن كان كذلك، وجب أن يكون محكوماً به في صحة القذف إذا نفاه، ويجب به اللعان.

قيل له: لأن هذه الأحكام التي ذكرتَها يصح ثبوتها مع الشبهة، والحدُّ لا يصح إثباته مع الشبهة، وأقل أحوال الشبهة: يجوز أن يكون ما ظنناه حملاً ريحاً أو داءً، ومِثْلُه يمنع وجوب اللعان، إذ كان اللعان حدّاً.

* وقال أبو يوسف ومحمد: إذا نفىٰ حمل امرأته، ثم وضعت لأقل من ستة أشهر منذ يوم قَذَفَها: لاعن؛ لأنا قد تيقَّنَّا أنه كان قاذفاً يوم القول، وإذا جاءت به لستة أشهر: لم نتيقن أنَّ الولد كان موجوداً يوم النفي، فلم يكن قاذفاً به[٣].

مسألة : [قذف المرأة وأمها]

قال : (ومن قال لامرأته : يا زانية بنت الزانية: كان قاذفاً لها ولأمها، فإن اجتمعا علىٰ مطالبته: حددناه لأمها، وسَقَطَ اللعان)[٤].

---

(١) الطلاق: ٤.

(٢) الطلاق: ٦.

(٣) المبسوط ٧/٤٥.

(٤) شرح فتح القدير ٥/٣٣٢.

وذلك لو بدأنا باللعان، لكان حد القذف قائماً عليه للأم، وإذا بدأنا بحدِّها سقط اللعان، وقد روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «ادرؤوا الحدود ما استطعتم»[١]، واللعان حدٌّ، فإذا أمكننا أن نتوصل إلىٰ إسقاطه فَعَلْنا.

ألا ترىٰ أنَّ رجلاً لو زنىٰ، وسرق، وقتل، أنا نبدأ بالقتل، ويسقط حد الزنا والسرقة.

* **قال**: (وإن لم تطالب الأم بحدِّها، وطالبته باللعان: لاعن؛ لأن حد القذف لا يقام إلا بمطالبة المقذوف، وما لم يُحدَّ: فاللعان واجب)[٢].

ولا يجوز أيضاً أن يُؤخَّر[٣] اللعان، لجواز أن تطالِب الأم بحدِّ القذف، لأن اللعان حقٌّ للمرأة[٤] لا يجوز تأخيره بشيء يجوز أن يقع، ويجوز أن لا يقع.

قال أبو جعفر: (فإن لوعن بينه وبينها: لم يحدَّ بعد ذلك لأمها إن طالبته بعد ذلك بالحدِّ).

قال أبو بكر: وليس هذا من مذهبهم، بل قول أصحابنا جميعاً: أنه يُحَدُّ للأم إذا طالبته بحدِّها بعد لعانه للابنة.

---

(١) سنن الترمذي ٤/٣٣ ـ ح١٤٢٤.

(٢) شرح فتح القدير ٥/٣٣٢، ويظهر من كلام أبي جعفر رحمه الله بأنه خالف مذهب الأحناف في هذه المسألة، كما سينص علىٰ هذا الشارح الجصاص بعد قليل.

(٣) في (ق.ج): «أن يوجب».

(٤) في (ق.ج): «للمقذوف».

مسألة : [ابتداء اللعان من الرجل]

قال أبو جعفر : (ويُبدأ في اللعان بالرجل)[١].

لقول الله تعالىٰ: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ﴾[٢]، والفاء للتعقيب، فاقتضىٰ ذلك أن يكون لعانه عقيب القذف، فإذاً لعان المرأة بعد لعانه.

وأيضاً: فإن النبي صلىٰ الله عليه وسلم بدأ بالرجل في اللعان[٣].

وأيضاً: فإن اللعان حقٌّ لها استحقته عليه بالقذف، فلا يجوز تأخيره عن الحال التي أوجبتها له[٤].

* **قال** : (فإن قذفها بولد: فإنه يلاعن عليه، فيقول: فيما رميتُها به من الزنىٰ في نفي ولدها هذا، وكذلك المرأة تقول: فيما رماني به من الزنىٰ في نفي ولده هذا)[٥].

وذلك لأنه يُحتاج إلىٰ نفيه باللعان، فينبغي أن يلاعن عليه، كما يذكرها في اللعان، ويشير إليها به، إذ كان لعانه إياها يتعلق به حكم التفريق، وإبطال النكاح، كما يتعلق به نفي الولد.

---

(١) شرح فتح القدير ٤/٢٨٥.

(٢) النور: ٦.

(٣) انظر فتح الباري ٩/٤٤٥.

(٤) في (ق.ج): «أوجبته له».

(٥) شرح فتح القدير ٤/٢٨٩.

مسألة : [قذف المرأة قبل طلاق الثلاث]

قال : (ومَن قَذَف امرأتـه، ثم طلقهـا ثلاثـاً: سَـقَطَ اللعـان، ولا حـدَّ عليه)[(١)].

وذلك لأن اللعـان حكـم يختص بحـال الزوجيـة، لقـول الله تعـالىٰ: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ ﴾، ثم قال: ﴿ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ ﴾[(٢)]، يعـني أحـد الأزواج، فثبت أنَّ حكم اللعان مقصور علىٰ حال الزوجية.

وأيضاً: اتفقوا علىٰ أنه لو قذفها وهي أجنبية: لم يجب اللعان، فكذلك إذا صارت أجنبية بعد القذف.

ولا يجب الحدُّ؛ لأن الواجب بالقذف كان اللعان، فـسقط مـن جهـة الحكم، فهو كسقوطه بالموت، فلا يُحدُّ.

* (ولو طلقها ثلاثاً، ثم قذفها بولد أو بغير ولد: فإنه يُحدُّ).

لقـول الله تعـالىٰ: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً ﴾[(٣)]، ثم خـص منـه الزوجـات بقولـه: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ ﴾، وهـذه ليست بزوجة.

مسألة : [نفي التوءم]

قال : (ومَن ولدت امرأته توءَمَيْن، فأقرَّ بالأول، ونفىٰ الثاني: لاعـن،

---

(١) شرح فتح القدير ٤/ ٢٨٥.

(٢) النور: ٦.

(٣) النور: ٤.

ولزماه جميعاً)[١].

وذلك لأن إقراره بَدءاً بالابن الأول لا يمنع صحة اللعان بنفيه بعد ذلك؛ لأن صحة اللعان ليست موقوفة علىٰ نفي الولد، إذ قد يقطع الفراش من غير ولد، ولا يكون إقراره بَدْءاً إكذاباً لنفسه، لأنه لم يكن هناك قَذْف متقدِّم للإقرار، فيكون إكذاباً له.

ألا ترىٰ أنَّ رجلاً لو قال لامرأته: لم تزن، ثم قال: قد زنيتِ: وجب اللعان، ولم يكن ذلك إكذاباً لنفسه؛ لأنه كان قبل القذف.

* **قال**: (فإن نفىٰ الأول، وأقرَّ بالثاني: لزماه جميعاً، وحُدَّ)[٢].

وذلك لأنه لما نفىٰ الأول صار قاذفاً لها، ثم لما أقرَّ بالثاني فقد أقرَّ بهما، لأنهما في بطن واحد، فصار إكذاباً: فحُدَّ.

* * * * *

(١) المبسوط ٧/٤٦، الهداية مع شرح فتح القدير ٤/٢٩٩.

(٢) المراجع السابقة.

باب العِدَد والاستبراء

مسألة: [مدة عدة الحرة]

قال أبو جعفر[١]: (وإذا طلق الرجل زوجته بعد دخوله بها وهي حرة: فعِدَّتُها ثلاثة قروء، كما قال الله تعالىٰ[٢]، والأقراء: الحِيَض)[٣].

قال أبو بكر: وهو قول عمر، علي، وعبد الله، وأبي موسىٰ[٤].

وروي عن زيد بن ثابت، وابن عباس، وابن عمر، وعائشة، الأقراء: الأطهار[٥].

قال أبو بكر: قد تكلمنا في ذلك علىٰ الاستقصاء في مسألةٍ أفردناها في غير هذا الكتاب[٦]، فأغنىٰ عن إعادته هاهنا، إلا أني لا

---

(١) مختصر الطحاوي ص٢١٧.

(٢) قال تعالىٰ: ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾. البقرة: ٢٢٨.

(٣) انظر المبسوط ٦/١٣، بدائع الصنائع ٤/٢٠٠٢، شرح فتح القدير ٤/٣٠٧.

(٤) انظر السنن الكبرىٰ للبيهقي ٧/٤١٧، بدائع الصنائع ٤/٢٠٠٢.

(٥) انظر السنن الكبرىٰ للبيهقي ٧/٤١٥، مصنف ابن أبي شيبة ٥/١٦١، المغني والشرح الكبير ٩/٨٢.

(٦) حيث أفرد مسألة القرء في مؤلَّف خاص، كما تقدم في ترجمته عند ذكر مصنفاته، وينظر أحكام القرآن ١/٣٦٤.

أُخلي هذا الموضع من جملةٍ من القول ينتظمُ عمدةَ الحِجَاج فيها، فنقول وبالله التوفيق:

إن أهل اللغة قد قالوا في أصل القرء أقوالاً، أنا ذاكرها ومُعْقِبها بوجهِ دلالتها علىٰ صحة قولنا.

قال قائلون منهم: إن القرء هو الوقت.

حدثنا بذلك أبو عمر غلام ثعلب عن ثعلب أنه كان إذا سئل عن معنىٰ القروء، لم يَزِدْهم علىٰ الوقت، وقد استشهد لذلك بقول الشاعر:

له قروء كقروء الحائض[1]

ويقول الأعشىٰ: لما ضاع فيها من قروء نِسَائِكا[2]

فالأول عَنَىٰ أنَّ له وقتاً يهيج فيه عداوته كوقت الحائض[3]، والثاني عَنَىٰ وقتَ وطئه إياهن.

وقال آخر:

إذا هبَّت لقارئها الرياح[4]، يعني لوقتها في الشتاء.

وقال آخرون: هو الضم والتأليف، ومنه قوله تعالىٰ: ﴿فَإِذَا قَرَأْنَٰهُ فَٱتَّبِعْ

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ١/٣٦٥، المبسوط ٦/١٣.

(٢) ديوان شعر الأعشىٰ ميمون بن قيس بن جندل، مع شرح أبي العباس ثعلب ص٦٧، تحقيق جائر مستشرق، لندن، طبع ١٩٢٧، وينظر تاج العروس (قرأ) ١/٣٦٧ (ط الكويت).

(٣) في (ق.ج): «الحيض».

(٤) ينظر تاج العروس (قرأ) ١/٣٦٩، ونسبه لمالك بن الحارث الهذلي.

﴿قُرْءَانَهُۥ﴾[١]، أي: إذا جمعناه.

وقال الشاعر:

ذِرَاعَـيْ عَيْطَـلٍ أَدْمَـاءَ بِكْـرٍ ... هِجَانِ اللونِ لم تقرأ جَنِينا[٢]

وحُكي عن بعضهم أنه قال: هو الخروج من شيء إلىٰ شيء، وهذا القول ليس عليه شاهد من اللغة، ولا يثبت عمن يوثق به من أهلها.

ثم نقول: إن كانت حقيقة في الوقت، فالحيض أَوْلىٰ به؛ لأن الوقت إنما يكون وقتاً لما يحدث فيه، والحيض هو الحادث، والطهر إنما هو عدم الحيض، وليس هو شيئاً حادثاً.

وإن كان من الضم والتأليف، فالحيض أَوْلىٰ به أيضاً؛ لأن دم الحيض إنما يتألف وينضم من سائر أجزاء البدن في حال الحيض، فمعنىٰ الحيض أَوْلىٰ بالاسم أيضاً.

فإن قيل: إنما يتألف ويجتمع دم الحيض في أيام الطهر، ثم يسيل في أيام الحيض.

قيل له: لو كان تألفه واجتماعه في أيام الطهر لسال، إذ ليس هناك مانع من السيلان، فعلمنا أنَّ اجتماعه إنما يكون في الأوقات التي يوجد

(١) القيامة: ١٨.

(٢) أحكام القرآن للجصاص ١/٣٦٥، المغني مع الشرح الكبير ٩/٨٢، وعزاه الزبيدي في تاج العروس (عطل) ٣٠/٩ (ط الكويت) إلىٰ عمرو بن كلثوم، ومعنىٰ: عَيْطل، أي المرأة الطويلة. ومعنىٰ: لم تقرأ جنينا: أي لم يَضُمُّ رحمُها علىٰ الجنين. وينظر أيضاً تاج العروس ١/٣٧٠ (قرأ).

فيها الخروج والسيلان، وإن كان القرء اسماً للخروج من حال إلىٰ حال، فإنه يرجع في المعنىٰ إلىٰ الضم والتأليف، وذلك لانضمام حال الطهر إلىٰ الحيض، أو الحيض إلىٰ الطهر، فيعود إلىٰ المعنىٰ الأول.

ثم قد علمنا أنَّ اسم القرء يتناول الحيض والطهر جميعاً[١]، وذلك لأن الصحابة لما اختلفت، فتأوله بعضهم علىٰ الحيض، وبعضهم علىٰ الطهر، علمنا أنَّ الاسم يتناول كلَّ واحد من المعنيين[٢]، لولا ذلك لما جاز لهم تأويل الآية عليه، وإذا صح ذلك اعتبرنا فوجدنا الحقيقة للحيض دون الطهر، بدلالة ما قدَّمنا.

ومما يدل علىٰ أنَّ اسم القرء يلزم الحيض حيثما وُجِدَ، وقد يفارق الطهر، فلا يسمىٰ قرءاً: وهو طهر الآيسة والصغيرة، فعلمنا أنَّ اسم القرء يتناول الحيض حقيقة، والطهر مجازاً، لأن أسماء الحقائق لا تنتفي عن مسمياتها بحال، فدل علىٰ[٣] أنَّ اسم القرء للطهر الذي بين الحيضين مجاز، سمي بذلك لمجاورته الحيض، كما يسمىٰ الشيء باسم غيره إذا كان مجاوراً له.

ويدل علىٰ أنَّ المراد بالأقراء الحيض: أنَّ الاسم لما تناولهما علىٰ ما ذكرناه، واتفق الجميع علىٰ أنَّ المراد أحدهما[٤]، احتجنا إلىٰ طلب

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ١/٣٦٥.

(٢) أحكام القرآن للجصاص ١/٣٦٤.

(٣) في (ق.ج): «فدل ذلك علىٰ أنَّ اسم القرء يتناول الحيض حقيقة، والطهر مجازاً، إلا أنَّ الطهر الذي بين الحيضين مجاز، فسمي بذلك لمجاورة الحيض».

(٤) أحكام القرآن للجصاص ١/٣٦٦، المغني والشرح الكبير ٩/٨٢.

المراد، فوجدنا لغة النبي صلىٰ الله عليه وسلم في الأقـراء أنهـا الحِـيَضْ، لقوله عليه الصلاة والسلام: «المستحاضة تدع الصلاة أيام أقرائها»[1].

وقال لفاطمة بنت أبي حُبَيْش[2]: «فإذا أقبل قرؤك فدعي الصلاة، فـإذا أدبر فاغتسلي وصلي ما بين القرء إلىٰ القرء».

فكانت لغة النبي صلىٰ الله عليه وسلم في القروء أنه الحِيَض، فوجـب أن يكون معنىٰ الآية محمولاً عليه؛ لأن القرآن لا محالـة نـزل بلغـة الـنبي صلىٰ الله عليه وسلم، وهو المبيِّن عن الله تعالىٰ معنىٰ الألفاظ المحتملة[3].

وأيضاً: حديث ابن عمر، وعائشة عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال: «طلاق الأمة تطليقتان، وعدتها حيضتان»[4]، وقد تقدم ذكر سندهما.

وأيضاً: لما قـال الله تعـالىٰ: ﴿وَٱلَّـٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَـٰثَةُ أَشْهُرٍ﴾[5]، فأقام الشهور مقام الحيض عند عدمها، دل ذلك علىٰ أنَّ الأصل هو الحيض، كما أنه لما قال: ﴿فَلَمْ تَجِـدُواْ مَآءً فَتَيَمَّمُواْ﴾[6] علمنا أنَّ الأصل الذي نقل عنه إلىٰ الصعيد هو الماء.

---

(١) سنن الترمذي ١/٢٢٠ـ ح١٢٦، سنن أبي داود ١/٢٠٩ـ ح٢٩٧، السنن الكبرىٰ للبيهقي ٧/٤١٦.

(٢) سنن أبي داود ١/١٩١ـ ح٢٨٠. بمعناه.

(٣) في (ق.ج): «المختلفة»، وينظر أحكام القرآن ١/٣٦٦.

(٤) سنن أبي داود ٢/٦٣٩ـ ح٢١٨٩، سنن الترمذي ٣/٤٨٨ ـ ح١١٨٢. قال أبو عيسىٰ: حديث عائشة حديث غريب.

(٥) الطلاق: ٤.

(٦) المائدة: ٦.

ويدل عليه: أنَّ الله تعالىٰ حَصَرَ الأقراء بعددٍ يجب استيفاؤه في العِدَّة، وهو قوله: ﴿ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾(١)، واعتبار الطهر فيه يمنع استيفاء العدد بكماله؛ لأنه إذا أراد أن يطلقها للسُّنَّة، فلا بدَّ أن يصادف طلاقه في الطهر قد مضىٰ فيه من الطهر بعضه، ثم يجب عنده بعد ذلك طهران آخران، فهذان قرءآن، وبعض الثالث، فلما تعذر استيفاء الثالث إذا أراد طلاق السنة، علمنا أنَّ المراد هو الحيض الذي يمكن(٢) استيفاء العدد المذكور في الآية بكماله(٣).

وليس هذا كقوله تعالىٰ: ﴿ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَٰتٌ﴾(٤)، والمراد: شهران وبعض الثالث؛ لأنه لم يحصرها بعدد، وإنما ذكرها بلفظ الجمع.

والأقراء محصورة بعدد وهو ثلاثة، ألا ترىٰ أنه لا يجوز أن تقول: رأيت ثلاثة رجال، ومرادك رجلان، ويجوز أن تقول: رأيت رجالاً، والمراد رجلان.

فصل: [انتهاء العدة]

قال أبو جعفر: (فإذا طهرت من الحيضة الثالثة: فقد حلَّت لغيره)(٥).

وذلك لأن عدتها قد انقضت، وقال الله تعالىٰ: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا

---

(١) البقرة: ٢٢٨.

(٢) في (ق.ج): «لا يمكن».

(٣) أحكام القرآن ١/٣٦٧.

(٤) البقرة: ١٩٧.

(٥) مختصر الطحاوي ص٢١٧.

جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِيٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[١].

* **قال**: (فإن أخَّرت الغُسْل من الحيضة الثالثة، وكان حيضها دون العشرة: كانت في العدة حتىٰ تغتسل، أو يمضيَ عليها وقت الصلاة)[٢].

قال أبو بكر: قد روي عن علي، وعمر، وعبد الله[٣] في آخرين من الصحابة اعتبار الغسل من الحيضة الثالثة[٤].

ووجه ذلك: أنَّ أيامها إذا كانت دون العشرة، فجائز أن يعاودها الدم، فتكون العدة باقية، فلم يكن في انقطاع الدم حكمٌ بانقضاء الحيض، فإذا اغتسلت انقطع حكم الحيض بالاتفاق، فانقضت العدة.

وإذا مضىٰ عليها وقت صلاة، فقد لزمها فرض الوقت، ولزوم فرض الوقت ينافي بقاء حكم الحيض؛ لأن الحائض لا يلزمها فرض الصلاة، وأما إذا كانت أيامها عشراً، فإنه قد ثبت عندنا أنَّ الحيض لا يكون أكثر من عشرة أيام، ففي انقضاءِ العشرة انقضاءُ الحيض.

* **قال**: (ولو كانت في سفر ولا ماء معها، فتيممت، فإن أبا حنيفة قال: هي في العدة علىٰ حالها حتىٰ تصليَ بتيمُّمها)[٥].

وذلك لأن التيمم لا يرفع الحدث عندنا، وإنما يبيح الصلاة، فحالها

---

(١) البقرة: ٢٣٤.

(٢) المبسوط ٦/٢٣.

(٣) أي ابن مسعود رضي الله عنه، والله أعلم.

(٤) أحكام القرآن ١/٣٧١، السنن الكبرىٰ للبيهقي ٧/٤١٧.

(٥) انظر المبسوط ٦/٢٨.

بعد التيمم كهي قبله، فإذا صلَّت فقد تعلق به حكم لا يلحقه الفسخ بوجود الماء، فصارت في حكم الطاهرات، وانقضت به العدة.

* **قال أبو جعفر**: (وقال أبو يوسف ومحمد: إذا تيممت فقد خرجت من العدة)[١].

قال أبو بكر: أبو يوسف مع أبي حنيفة في هذه المسألة، وهذا قول محمد وحده[٢].

ووجهه: أنه قد يُستباح به فعل الصلاة، وقراءة القرآن، ودخول المسجد، ونحو ذلك مما هو محظورٌ فعله علىٰ الحائض، فخرجت بذلك من حكم الحيض؛ لأن حكم الحيض لو كان باقياً، لما جاز لها أن تستبيح هذه الأفعال.

والانفصال من ذلك لأبي حنيفة: أنَّ هذه الاستباحة تنفسخ بوجود الماء، وبطلان حكم التيمم.

وليس كذلك الصلاة؛ لأنها لا تنفسخ برؤية الماء، وأما قراءة القرآن فإنها وإن وقعت علىٰ جهة الإباحة: لا تنفسخ، فليست صحة التلاوة معلَّقةً بوجوب الطهارة؛ لأن التلاوة حاصلة سواء كانت طاهراً أو حائضاً، فلم يجب أن تعتبر في صحة حكم التلاوة[٣]، وليس كذلك الصلاة؛ لأنها لا يصح حكمها إلا بعد الطهارة.

---

(١) المرجع السابق.

(٢) المصدر السابق، وبدائع الصنائع ٤/١٩٨١.

(٣) في الأصل: (الطهارة).

مسألة : [عدة الزوجة النصرانية]

قال أبو جعفر : (ولو كانت الزوجة نصرانية: خرجت من العدة بانقطاع الدم عنها).

وذلك لأنه ليس عليها غُسْل، فهي بمنزلة المسلمة إذا اغتسلت.

مسألة : [عدة الأمة بعد الإعتاق]

قال : (ومَن طلق زوجته وهي أمة، ثم أُعتقت وهي في العدة، فإن كان الطلاق رجعياً: صارت عِدَّتُها ثلاث حِيَض، وإن كانت بائناً: فعِدَّتُها عِدَّة الأمة علىٰ ما كانت)[1].

قال أبو بكر : اعتبر انتقال عدتها عند العتق بالموت[2]، فإذا انتقلت بالموت انتقلت بالعتق، وإذا لم تنتقل بالموت لم تنتقل بالعتق، والمعنىٰ الجامع بينهما: أنَّ كل واحد من السبيلين[3] يوجب نَقْل العدة.

ألا ترىٰ أنَّ عدة الحرة ثلاث حِيَض، كما أنَّ عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً، فلو أنَّ رجلاً طلق امرأته طلاقاً رجعياً، ثم مات عنها وهي في العدة: صارت إلىٰ عدة الوفاة، كذلك إذا أُعتقت: وَجَبَ أن تنتقل عدتها إلىٰ ثلاث حِيَض، ولو مات عنها وهي بائن: لم تنتقل عدتها، كذلك لا تنتقل بالعتق[4].

---

(١) بدائع الصنائع ٤/٢٠١٩.

(٢) بدائع الصنائع ٤/٢٠١٨.

(٣) في (ق.ج): «الشبهتين».

(٤) في (ق.ج): «العدة».

مسألة : [استئناف العدة بعد ارتفاع الحيض]

قال : (وإذا كانت ممن تحيض، فارتفع حيضها من غير حَمْل: كانت في عدتها أبداً حتىٰ تحيض ثلاث حِيَض، أو تيأس من الحيض، فتستقبل عدة الآيسة من المحيض، وهي ثلاثة أشهر)(١).

قال أبو بكر : وهذا قول علي بن أبي طالب، وعثمان بن عفان، وزيد بن ثابت رضي الله عنهم(٢).

* وروي عن عمر بن الخطاب، وابن عباس: أنها تمكث تسعة أشهر، فإن لم تحض: اعتدت ثلاثة أشهر بعد ذلك(٣).

وهو قول مالك بن أنس(٤).

والحجة للقول الأول: قول الله تعالىٰ: ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾(٥)، فالاعتداد بالأقراء واجب بظاهر الآية إلىٰ أن يجيء ما ينقلها عنها.

وقال الله تعالىٰ: ﴿ وَٱلَّٰٓـِٔى يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ

---

(١) أحكام القرآن ٣/٤٥٦، بدائع الصنائع ٤/٢٠١٩، مختصر الطحاوي ص٢١٨.

(٢) السنن الكبرىٰ للبيهقي ٧/٤١٩.

(٣) المرجع السابق.

(٤) انظر شرح موطأ الإمام مالك للزرقاني ٤/١٣١.

(٥) البقرة: ٢٢٨.

ﮋ ﮉ ﮊ ﮌ (١) ، فنقل إلىٰ الشهور عند اليأس من المحيض، وارتفاعُ الحيض للتشابه: ليس باليأس، فوجب اعتبار الأقراء إذا كان ذلك يُرجىٰ لها.

فإن قال قائل: لما قال الله تعالىٰ: ﴿ وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ ﴾، فنقلها عند الارتياب إلىٰ الشهور، وارتفاعُ الحيض يوجب الارتياب، وجب أن تكون عدتها بالشهور.

قيل له: ليس المراد: الارتياب في اليأس، وإنما هو ارتياب المخاطَبين قبل نزول الآية فيما يجب من العدة علىٰ مَن كانت هذه حالها.

وروي نحو هذا التأويل عن ابن مسعود[٢] قال: وذلك أنَّ الله تعالىٰ لما بيَّن طلاق ذات الحِيَض، وطلاق الحامل، شكّوا في اليائسة، فلم يدروا ما عدتها؟ فأنزل الله تعالىٰ مخبِراً عن الحال التي خرج عليها الخطاب قولَه: ﴿ وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ ﴾.

ويدل علىٰ صحة ذلك: أنَّ اليأس لا يكون مع الارتياب، ورجاء الحيض، لأنه ضده.

ويدل عليه أيضاً: اتفاق الجميع[٣] علىٰ أنها إذا لم تَرْتَبْ، وعُلِم أنها لا تحيض، ولا تَحْبَل أبداً: كانت هذه[٤] عدتها، فعَلِمْنا أنَّ الارتياب في

---

(١) الطلاق: ٤.

(٢) أحكام القرآن ٣/٤٥٧، السنن الكبرىٰ ٧/٤١٩.

(٣) أحكام القرآن ٤/٤٥٧.

(٤) في الأصل: «هي».

اليأس ليس بشرط في الاعتداد بالشهور، وأن المعنىٰ فيه حصول اليأس.

فإن قال قائل: اليأس قد يجامعه الرجاء، كما قال الله تعالىٰ: ﴿قَدْ يَئِسُوا مِنَ الْآخِرَةِ كَمَا يَئِسَ الْكُفَّارُ مِنْ أَصْحَابِ الْقُبُورِ﴾[(١)].

قال الشاعر: «والنفس بين طمع ويأس».

قيل له: أما قوله تعالىٰ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَوَلَّوْا قَوْمًا غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ قَدْ يَئِسُوا مِنَ الْآخِرَةِ كَمَا يَئِسَ الْكُفَّارُ مِنْ أَصْحَابِ الْقُبُورِ﴾: فليس معهم طمع ولا رجاء للآخرة؛ لأنهم كانوا كفاراً لا يعتقدون البعث، وكانوا آيسين عند أنفسهم غير طامعين ولا راجين، وكيف يكون ذلك، وقد شبَّههم بيأس الكفار من أصحاب القبور أن يرجعوا إليهم.

وأما قول الشاعر: فإن كان ممن يُحتج بقوله، فمعناه: فالنفس بين طمع، وخوف اليأس بانقطاع الطمع.

وقال الله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَيْأَسُوا مِن رَّوْحِ اللَّهِ إِنَّهُ لَا يَيْأَسُ مِن رَّوْحِ اللَّهِ إِلَّا الْقَوْمُ الْكَافِرُونَ﴾[(٢)]، ومعلوم أنَّ المراد لا تقطع الرجاء من الله، فإنه لا يقطع الرجاء من الله إلا القوم الكافرون.

فدل أنَّ الرجاء والإياس ضدَّان لا يجتمعان، فلما قال الله تعالىٰ: ﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ﴾: علمنا أنَّ مراده انقطاع الرجاء من وجود الحيض.

---

(١) الممتحنة: ١٣.

(٢) يوسف: ٨٧.

مسألة : [عدة الصغيرة والآيسة]

قال : (وعدة الصغيرة والآيسة الحرة: ثلاثة أشهر، وإن كانت أمة: فشهر ونصف)[١].

وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَ﴾[٢]، وعدة الأمة علىٰ النصف من عدة الحرة، ولا خلاف بين المسلمين فيها.

وقد روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «طلاق الأمة تطليقتان، وعدتها حيضتان»[٣].

وقال عمر بن الخطاب: «لو استطعت أن أجعلها حيضة ونصف، لفعلت»[٤]، يعني أنَّ الحيضة لا تتبعض، فلذلك كانت عدتها حيضتين.

* (وإذا حاضت الصغيرة قبل انقضاء العدة: استأنفت العدة بالحِيَض)[٥].

وذلك لأن الله تعالىٰ أوجب الشهور عند عدم الحيض، فإذا وجدت الحَيْضَ، بطل حكم الشهور، فانتقلت إلىٰ الحِيَض.

---

(١) بدائع الصنائع ٤/٢٠٠٦.

(٢) الطلاق: ٤.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) السنن الكبرىٰ للبيهقي ٧/٤٢٦.

(٥) بدائع الصنائع ٤/٢٠١٩.

مسألة : [عدة المتوفىٰ عنها زوجها]

قال: (وعدة المتوفىٰ عنها زوجها أربعة أشهر وعشراً، سواء دخل بها أو لم يدخل بها، إذا كانت حرة)[١].

لقول الله تعالىٰ: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾[٢]، وهو عام في المدخول بها وغيرها، ولا خلاف فيه بين أهل العلم.

وقد كانت عدة المتوفىٰ عنها زوجها سنة، لقوله تعالىٰ: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا وَصِيَّةً لِّأَزْوَٰجِهِم مَّتَٰعًا إِلَى ٱلْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ﴾[٣]، فحكم فيها بثلاثة أشياء:

أحدها: إيجاب العدة سنة.

والآخر: نفقتها في الحول في مال الزوج.

والثالث: منع الخروج.

فنسخ منها ما عدا الأربعة الأشهر والعشر، ونسخ وجوب نفقتها في مال الزوج بما جعل لها من الربع والثمن في ماله، وبقي مَنْع الخروج في الأربعة الأشهر والعشر[٤].

---

(١) المبسوط ٦/٣٠، بدائع الصنائع ٤/٢٠٠٠.

(٢) البقرة: ٢٣٤.

(٣) البقرة: ٢٤٠.

(٤) أحكام القرآن ٤/٤.

مسألة : [عدة الأمة]

قال : (وإن كانت أمة : فعدتها علىٰ النصف)[(١)]، لما بيَّنّاه.

مسألة : [عدة الحامل]

قال : (وعدة الحامل في جميع هذه الوجوه أن تضع حملها)[(٢)].

لقوله تعالىٰ: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[(٣)]، وذلك عموم في الجميع؛ لأنه لفظ مكتفٍ بنفسه عن تضمينه لغيره.

ويُروىٰ عن علي بن أبي طالب، وابن عباس رضي الله عنهما أنَّ عدة المتوفىٰ عنها زوجها إذا كانت حاملاً أبعدُ الأجلين، يعني وضع الحمل أو مضيَّ أربعة أشهر وعشر[(٤)].

وقال عمر، وابن مسعود، وابن عمر، وأبو مسعود البدري: عدتها أن تضع حملها[(٥)].

وقد روىٰ إبراهيم عن الأسود عن أبي السنابل بن بعكك أنَّ سبيعة بنت الحارث وضعت بعد وفاة زوجها بثلاث وعشرين، فتشوفت للنكاح، فذُكر ذلك للنبي صلىٰ الله عليه وسلم فقال: «إن تفعل فقد حلَّ

---

(١) انظر الهداية مع البناية ٤/٧٧٦.

(٢) البناية ٤/٧٧٧.

(٣) الطلاق: ٤.

(٤) أحكام القرآن ٣/٤١٥، سنن الترمذي ـ ح١١٩٤، فتح الباري ٩/٤٧٤.

(٥) أحكام القرآن ٣/٤١٥.

أجلها»[١].

وهشام بن عروة عن أبيه عن المسور بن مخرمة أنَّ سبيعة ولدت بعد وفاة زوجها بيسير، فأمرها رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أن تنكح[٢].

ومحمد بن إبراهيم التميمي عن أبي سلمة عن سبيعة مثله[٣].

وسليمان بن يسار عن كريب عن أم سلمة أنَّ سبيعة وضعت بعد وفاة زوجها بأيام، فأمرها النبي صلىٰ الله عليه وسلم أن تتزوج[٤].

وقال علقمة، ومسروق عن عبد الله: مَن شاء باهلته[٥] أن قوله: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾: نزلت بعد آية المتوفىٰ عنها زوجها[٦]، يعني أنها قاضية عليها، لعمومها في كل معتدة.

وهذا يدل علىٰ أنه كان من مذهب عبد الله بن مسعود: أنَّ العام إذا

---

(١) سنن الترمذي ٣/٤٩٨ ـ ح١١٩٣، وقال أبو عيسىٰ: حديث أبي السنابل حديث مشهور.

(٢) صحيح البخاري ٦/١٨٢، صحيح مسلم ٢/١١٢٢ ـ ح١٤٨٤.

(٣) سنن أبي داود ٢/٧٢٩، الفتح الرباني في ترتيب مسند الإمام أحمد ١٧/٤٤.

(٤) صحيح مسلم ٢/١١٢٢ بمعناه، سنن النسائي ٦/١٥٩.

(٥) ما وجدت بهذا اللفظ إلا في المبسوط ٦/٣١، وروىٰ أبو داود ٢/٧٣٠ ـ٢٣٠٧ عن عبد الله قال: «مَن شاء لاعنته»، أحكام القرآن ٣/٤٥٨، والمباهلة هي: الملاعنة، أي يلعن كل منهما الآخر، ينظر القاموس المحيط (بهل)، المصباح المنير (بهل).

(٦) آل عمران: ٦١.

ورد بعد الخاص قضىٰ عليه، وأنه لا يجب الترتيب، وكذلك قول مَن وافقه في عدة المتوفىٰ عنها زوجها.

ومن جهة النظر: اتفاق الجميع علىٰ أنَّ لمضي الأربعة أشهر والعشر لا تنقضي عدتها حتىٰ تضع[1]، فعلمنا أنها مرادة لقوله تعالىٰ: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[2]، ودل علىٰ سقوط الأشهر؛ لأن الآية لا تبيح النكاح إلا بوضع الحمل.

مسألة : [عدة أم الولد]

قال : (وعدة أم الولد إذا أُعتقت بموت المولىٰ إن كانت حاملاً: وَضْعُ حملها، وإن كانت غير حامل: فثلاث حِيَض)[3].

وذلك لأن عدتها واجبة عن الوطء دون العقد، فأشبهت[4] النكاح الفاسد، وقد لزمتها وهي حرة، فتكون ثلاث حِيَض.

مسألة : [عِتْق الأمة بعد الوطء]

قال : (ومَن أَعتق أمته بعدما وطئها: لم تكن عليها عدة)[5].

لأن زوال الملك لا يوجب عدة، ألا ترىٰ أنه لو باعها: لم تجب عليها عدة.

---

(١) المبسوط ٦/٣١، المغني والشرح الكبير ٩/١١٠.

(٢) الطلاق: ٤.

(٣) البناية ٤/٧٧٧، ٧٨٤.

(٤) في (ق.ج) «العدة».

(٥) حاشية ابن عابدين ٣/٥١٨.

مسألة : [لا عدة علىٰ الزانية]

قال : (ولا عدة علىٰ الزانية، حاملاً كانت أو غير حامل)[(١)].

لأن وطء الزنىٰ لا يتعلق به ثبوت النسب، فأشبه الوطء بملك اليمين، والولد الذي في بطنها ليس فيه حق للغير، فلا يمنع النكاح، ولكن زوجها لا يدخل بها حتىٰ تضع.

وذلك لما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم «أنه نهىٰ أن يسقي ماؤه زرعَ غيره»[(٢)]، يعني أن يطأ امرأةً حاملاً من غيره.

رواه رويفع[(٣)] بن ثابت الأنصاري عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم.

* (وقال أبو يوسف: لا يجوز تزويج الحامل من زنىٰ)[(٤)].

كما لا يجوز تزويج الأمة الحامل من مولاها.

قال: وكما لا يجوز له وطؤها: لم يجز له أن يتزوجها.

والانفصال من ذلك: أنَّ تزويج الحامل من المولىٰ، إنما لم يجز من قِبَل أنَّ هناك حملاً ثابتاً للنسب من الغير، فلأجل حقه لم يجز كالمعتدة، وأما الحامل من زنىٰ، فليس في حَمْلها حقٌّ للغير، فلذلك جاز.

وأما مَنْع الوطء: فإنه لا يمنع النكاح، إذ لم يكن فيه حق للغير، كما

(١) المصدر السابق ٥١١/٣.

(٢) سنن الترمذي ٤٣٧/٢، وقال: حديث حسن، سنن أبي داود ٦١٥/٢ ـ ح٢١٥٨.

(٣) في (ق.ج): «الربيع»، والصحيح ما أثبت.

(٤) بدائع الصنائع ١٤١٢/٣، حاشية ابن عابدين ٤٨/٣.

يتزوج النفساء والحائض، وهو ممنوع من وطئها.

مسألة: [وجوب الإحداد علىٰ المتوفىٰ عنها زوجها والمطلقة]

قال: (وعلىٰ المعتدة المسلمة من الوفاة والطلاق اجتنابُ الزينة، والطِّيْب)(١).

وذلك لما روته أم حبيبة وأم سلمة وغيرهما عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تُحِدَّ علىٰ ميت فوق ثلاث، إلا علىٰ زوجها، فإنها تحدُّ عليه أربعة أشهر وعشراً»(٢)، فأوجب عليها الإحداد، والإحداد: الامتناعُ من الزينة والطيب.

مسألة: [عدم الخروج من البيت للمتوفىٰ عنها]

(ولا ينبغي للمتوفىٰ عنها أن تبيت في غير منزلها، ويجوز لها الخروج بالنهار)(٣).

والأصل فيه: قول الله تعالىٰ: ﴿مَّتَٰعًا إِلَى ٱلۡحَوۡلِ غَيۡرَ إِخۡرَاجٖ﴾(٤)، فكانت عدة المتوفىٰ عنها زوجها حولاً، لا تخرج فيه من منزلها، ثم نُسخ ما عدا الأربعة أشهر والعشر بقوله: ﴿يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرۡبَعَةَ أَشۡهُرٖ

---

(١) شرح فتح القدير ٤/٣٣٦، فتح الباري ٩/٤٨٤.

(٢) صحيح البخاري ٦/١٨٥، صحيح مسلم ٢/١١٢٤.

(٣) ينظر الهداية مع شرح فتح القدير ٤/٣٤٣، وجواز خروجها نهاراً، لأنه لا نفقة لها، فتحتاج إلىٰ الخروج نهاراً لطلب المعاش، وعليه فإذا كان لها قدر كفايتها: فلا يحل لها أن تخرج. اهـ.

(٤) البقرة: ٢٤٠.

وَعَشْرًا ﴾[١]، فكان حكم هذه المدة باقياً علىٰ ما كان عليه في مَنْع الخروج، ووجوب[٢] الاعتداد فيها؛ لأن النسخ لم يَرِد عليه إلا في حال قد قامت الدلالة عليه، وهو خروجها في حوائجها، فمنعها من غير أن تبيت في بيتها.

وهو ما روي عن فريعة بنت مالك أنها جاءت تسأل النبي صلىٰ الله عليه وسلم، وتستأذنه في النِّقلة وهي معتدة، وقد كان زوجها قُتِل، فقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «لا، حتىٰ يبلغ الكتاب أجله»[٣]، فمنعها النِّقلة، ولم ينكر عليها خروجها من البيت.

وروي نحوه عن ابن مسعود، وغيره من الصحابة.

مسألة: [عدم الإحداد علىٰ الصبية]

قال: (ولا إحداد علىٰ صبية، ولا كافرة)[٤].

وذلك لأن الامتناع من الزينة والطيب عبادة، وحق الله تعالىٰ يلزم من طريق الشرع، لقوله صلىٰ الله عليه وسلم: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تُحِدَّ علىٰ ميت فوق ثلاث إلا علىٰ زوج»[٥]، وهؤلاء لا تلزمهم حقوق الله من جهة الشرع.

---

(١) البقرة: ٢٣٤.

(٢) في (ق.ج) «وجود».

(٣) سنن الترمذي ٣/٥٠٨، وقال: هذا حديث حسن صحيح، سنن أبي داود ٢/٧٢٣.

(٤) شرح فتح القدير ٤/٣٤٠.

(٥) سبق تخريجه.

* وأما الأمة: فإن عليها الإحداد؛ لأنه من العبادات.

مسألة :

قال : (ولا بأس بأن تخرج الأمة في حوائج مولاها).

وذلك لأن الخدمة باقية في ملك المولىٰ، لم تُستَحق عليه، فحالها في هذا الوجه في العدة، كحالها قبل الموت والفرقة.

مسألة : [عدم الإحداد علىٰ المعتدة من نكاح فاسد]

قال : (ولا إحداد علىٰ معتدةٍ من نكاح فاسد، ولا علىٰ أم الولد إذا أعتقت بموت المولىٰ، أو أعتقها)[1].

وذلك لأن وجوب الإحداد يختص بالأزواج، لقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تُحِدَّ علىٰ ميت فوق ثلاث إلا علىٰ زوج»[2].

فعلَّق وجوب الإحداد علىٰ فراق الزوج، ومن أجله أوجبناه علىٰ المطلقة؛ لأنها فارقت زوجها، وأما المعتدة من النكاح الفاسد، وأم الولد، فإنهما لم تفارقا زوجاً، فلم يكن عليهما إحداد، كالموطوءة بالشبهة.

مسألة : [عدم إنشاء السفر للمتوفىٰ عنها وللمطلقة الثلاث]

قال : (وإذا مات عنها زوجها، أو طلقها، وهما في سفر في مصر، وبينها وبين منزلها مسيرة ثلاث وبين البلد الذي تريده كذلك، فإنها لا

---

(١) الهداية مع شرح فتح القدير ٤/٣٤٢.

(٢) سبق تخريجه.

تخرج حتىٰ تنقضيَ عدتها، ولا تخرج بعد انقضاء عدتها إلا مع ذي مَحْرَم، حجاً كان أو غيره في قول أبي حنيفة)[١].

وذلك لأن وجوب العدة عليها يُلزمها الكَوْن في الموضع، والدليل عليه: أنها لو طُلِّقت وهي بالسواد، لكان عليها أن ترجع إلىٰ مصرها، وتعتد، وكذلك لو طلقها أو مات عنها وهي في منزل أبيها زائرةً: كان عليها أن ترجع إلىٰ منزلها وتعتد فيه، فإذا كان لزوم العدة يُلزمها الكَوْن في منزلٍ ثَمَّ كانت في بلد يمكنها المقام فيه: لزمها الكَوْن هناك في العدة، وانقطع بذلك سفرها.

* (وقال أبو يوسف ومحمد: لا بأس أن تخرج في عدتها مع ذي مَحْرَم)[٢].

لأنها مسافرة، فلا ينقطع سفرها بموت الزوج عنها، وكان لها أن تمضيَ فيه.

ولأنها لما لم تكن في منزله، لم يلزمها المقام فيه، كما أنها إذا طلقت وهي في السواد: لم يلزمها الكون في السواد؛ لأنه ليس بمنزلها، كذلك إذا كانت في بلد غير بلدها.

مسألة : [عدم جواز سفر المعتدة من الوفاة إلا مع ذي محرم]

قال : (ولا تخرج إلا مع ذي مَحْرم في قولهم جميعاً)[٣].

---

(١) الهداية مع شرح فتح القدير ٤/٣٤٦.

(٢) المرجع السابق.

(٣) شرح فتح القدير ٤/٣٤٧.

لقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر فوق ثلاث إلا مع ذي مَحْرم أو زوج»[١].

مسألة :

قال : (وإن كان مات عنها في غير مصر من الأمصار: فإن شاءت رجعت إلىٰ مصرها، وإن شاءت مضت في سفرها)[٢].

لأنها لا يمكنها المقام هناك، فلم يلزمها الكَوْن، ألا ترىٰ أنها لو طُلِّقت في المصر، ولم يمكن المقام في منزلها لخوف أو عذر: كان لها أن تنتقل، فإذا كانت في غير مصر، فهي أحرىٰ، لا يلزمها الكَوْن هناك.

* **قال :** (وإن كان بينها وبين مصرها أقل من مسيرة ثلاثة أيام: فلا بأس عليها بالرجوع إليه بغير مَحْرم).

وذلك لأن للمرأة أن تسافر دون الثلاث بغير مَحْرم.

مسألة : [وقت ابتداء العدة]

قال : (والعدة واجبة من يوم الطلاق، ويوم الموت)[٣].

وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾[٤]، فأوجب الأقراء في وقت الطلاق.

---

(١) صحيح البخاري ٢/٣٥، صحيح مسلم ١/٩٧٧ ـ ح١٣٣٩.

(٢) الهداية مع شرح فتح القدير ٤/٣٤٦.

(٣) البناية شرح الهداية ٤/٧٩١، مصنف عبد الرزاق ٦/٣٢٧.

(٤) البقرة: ٢٢٨ .

وقال: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوۡنَ مِنكُمۡ وَيَذَرُونَ أَزۡوَٰجٗا يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرۡبَعَةَ أَشۡهُرٖ وَعَشۡرٗا﴾[1]، فأوجبها من يوم الموت.

وأما ما روي عن علي بن أبي طالب: أنَّ عليها العدة من يوم يأتيها الخبر[2]، فإن معناه عندنا: إذا لم تعلم وقت الموت، فأمَرَها بالأخذ باليقين، وقد رُوي عنه في الطلاق أنها من يوم طلَّق.

مسألة: [لا سكنىٰ ولا نفقة للمتوفىٰ عنها زوجها]

قال: (لا سكنىٰ للمتوفىٰ عنها زوجها، ولا نفقة في مال الزوج، حاملاً كانت أو غير حامل)[3].

قال أبو بكر: قد كانت نفقتها واجبة في مال الميت بقوله: ﴿وَصِيَّةٗ لِّأَزۡوَٰجِهِم مَّتَٰعًا إِلَى ٱلۡحَوۡلِ غَيۡرَ إِخۡرَاجٖ﴾[4]، فنُسخت هذه النفقة بالميراث، وبقوله: ﴿يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ﴾، فأوجب نفقتها علىٰ نفسها، وقَطَعها من مال الزوج.

وأيضاً: فإن النفقة غير مستحقة بعقد النكاح، وإنما يتعلق وجوبها بمرور الأوقات، وتسليم نفسها في بيت الزوج، فإذا مات الزوج انتقل ملك الميراث إلىٰ الورثة، فلا تجب عليه النفقة؛ لأنه معسِر في هذه

---

(١) البقرة: ٢٣٤.

(٢) مصنف عبد الرزاق ٦/٣٢٩، السنن الكبرىٰ ٧/٤٢٥.

(٣) المبسوط ٦/٣٢.

(٤) البقرة: ٢٤٠.

الحال، لا مال له.

مسألة : [المسلمة تخرج من دار الحرب إلىٰ دار الإسلام]

قال : (وإذا خرجت الحربية إلينا مسلمةً، وخلَّفت زوجها هناك: بانت من زوجها، ولا عدة عليها)[١].

فأما البينونة: فلأجل اختلاف الدارَيْن بهما، ومتىٰ اختلفت بهما الداران وقعت الفرقة.

والأصل فيه: قول الله تعالىٰ: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا جَآءَكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتُ مُهَٰجِرَٰتٍ فَٱمْتَحِنُوهُنَّ ٱللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَٰنِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَٰتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى ٱلْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ وَءَاتُوهُم مَّآ أَنفَقُواْ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ إِذَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾[٢]، فدل ذلك علىٰ معنيين:

أحدهما: وقوع الفرقة بخروجها إلىٰ دارنا.

والثاني: أن لا عدة عليها؛ لأنه أباح نكاحها من غير شرط العدة[٣].

* ومن الناس مَن لا يوقع الفرقة بخروجها مهاجرةً إلينا وإن كان زوجها حربياً في دار الحرب، ويحتجون فيه بما روي عن ابن عباس «أنَّ النبي صلىٰ الله عليه وسلم ردَّ زينب ابنته علىٰ أبي العاص بن الربيع بالنكاح

---

(١) شرح فتح القدير ٤/٣٣٣، بدائع الصنائع ٣/١٤١١.

(٢) الممتحنة: ١٠.

(٣) أحكام القرآن ٣/٤٣٨.

الأول»[١].

وهذا الحديث له وجهان صحيحان لا ينافي من أجلهما قولَنا:

أحدهما: أنَّ ابن عباس لما لم يعلم حدوث نكاح آخر، أخبر عما كان الظاهر عنده، وقد علم ذلك غيرُه، فروىٰ عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده «أنَّ النبي صلىٰ الله عليه وسلم ردَّ زينبَ علىٰ أبي العاص بنكاحٍ جديد»[٢]، فأخبر عن نكاحٍ حادث قد علمه، فكان أَوْلىٰ.

والوجه الآخر: أنه جائز أن يكون قبل نزول الآية التي تلوناها في حكم المهاجرات، وإيقاع البينونة، وسقوط العدة جميعاً، قوله في سياق الآية: ﴿وَلَا تُمۡسِكُواْ بِعِصَمِ ٱلۡكَوَافِرِ﴾، وذلك عمومٌ في وقوع الفرقة باختلاف الدارين، وفي أنه لا عدة عليها؛ لأن العصمة هي المنع في اللغة، قال الله تعالىٰ: ﴿لَا عَاصِمَ ٱلۡيَوۡمَ مِنۡ أَمۡرِ ٱللَّهِ إِلَّا مَن رَّحِمَ﴾[٣] أي: لا مانع، فغير جائز أن نمتنع من نكاحها لأجل زوجها الحربي[٤].

فإن قال قائل: إنما المراد به الرجل إذا خرج إلينا مسلماً، وخلَّف امرأته حربيةً هناك؛ لأن الكوافر اسم للإناث دون الذكور.

---

(١) سنن أبي داود ٢/٦٧٥ ـ ح٢٢٤٠، سنن الترمذي ٣/٤٤٨ ـ ح١١٤٣، وقال: هذا حديث ليس بإسناده بأس.

(٢) سنن الترمذي ٣/٤٤٨ ـ ح١١٤٢، وقال: هذا حديث في إسناده مقال، الفتح الرباني ١٦/٢٠١.

(٣) هود: ٤٣.

(٤) أحكام القرآن ٣/٤٤٠.

قيل له: لو سلَّمنا لك ما ادَّعيتَ من ذلك، كانت دلالة الآية قائمة علىٰ ما وصفنا؛ لأنه إذا ثبت أنَّ خروج الزوج إلينا مسلماً يقطع العصمة بينه وبينها من سائر الوجوه، فكذلك خروجها؛ لأن المعنىٰ فيه اختلاف الدارين بهما.

وعلىٰ أنَّ الكوافر يجوز أن يكون وصفاً للذكور، ويدل عليه: أنَّ أول الخطاب في المهاجرات اللاتي خلَّفَن أزواجهن في دار الحرب.

ومما يدل عليه من جهة اللغة علىٰ أنَّ الفواعل[1] يجوز أن يكون اسماً للذكور قول الشاعر[2]:

وإذا الرجال رأوا يزيد : رأيتَهم خُضْعَ الرقاب، نواكسَ الأبصار

وقال غيره:

إذ لا أبادر بالمضيق فوارسي ولا أوكل بالرعيل الأول

فأطلقوا النواكس، والفوارس علىٰ الذكور، فليس يمتنع علىٰ هذا أن يكون الكوافر اسماً للذكور.

ومما يدل علىٰ أنَّ اختلاف الدارين يقطع العصمة من الوجوه التي ذكرنا: اتفاق الجميع علىٰ وقوع الفرقة بين المسبيَّة[3] وبين زوجها الذي لها في دار الحرب، وأنه لا عدة عليها، وإنما علىٰ الذي يريد الوطء من

---

(١) لسان العرب مادة (فرس، ونكس) وقال: وأما مذكر ما يعقل، فلم يُجمع عليه إلا فوارس، وهوالك، ونواكس علىٰ فواعل.

(٢) عزاه في تاج العروس (نكس) ١٦/٥٧٨ (ط الكويت) إلىٰ الفرزدق.

(٣) شرح فتح القدير ٣/٤٢٢.

المالِكين الاستبراء فحسب.

مسألة:

قال أبو جعفر: (وإذا كانت المهاجرة حاملاً: ففيها عن أبي حنيفة روايتان: إحداهما: أنه ليس لها أن تتزوج حتىٰ تضع حملها، وهذه رواية محمد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة.

قال: وروىٰ أصحابُ الإملاء عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنَّ لها أن تتزوج، ولا يدخل بها زوجُها حتىٰ تضع حملها[١].

قال أبو جعفر: هذا أَوْلىٰ القولين به).

قال أبو بكر: الصحيح من قولي أبي حنيفة: أنه لا يجوز نكاحها، وهو أشبه بأصولهم، وذلك لأن ثبوت نسب الحمل من الغير يمنع عقد النكاح، سواء كانت معتدة أو غير معتدة، وليس يجب من حيث منعناها عقد النكاح أن تكون معتدة.

ألا ترىٰ أنَّ للرجل أن يزوج أمَّ ولده إذا لم تكن حاملاً منه، فإن كانت حاملاً منه: لم يكن له أن يزوجها ما دامت حاملاً، وليست مع ذلك بمعتدة، وكان ثبوت نسب الحمل هو المانع من عقد الغير.

(وقال أبو يوسف ومحمد[٢]: ليس لها أن تتزوج حتىٰ تنقضيَ عدتها، حاملاً كانت أو غير حامل)[٣].

---

(١) العناية علىٰ الهداية ٤/٣٣٤.

(٢) «محمد» ساقط من (ق.ج).

(٣) حاشية ابن عابدين ٣/١٩٣.

وذلك لأنها بانت من زوجها بحصولها إلىٰ دار الإسلام، فلما وقعت البينونة في دار الإسلام وهي مسلمة، لزمتها العدة.

قال أبو بكر: ويلزمهما علىٰ هذا الاعتلال إيجاب العدة علىٰ المسبية؛ لأن الفرقة وقعت بينها وبين زوجها بحصولها في دار الإسلام.

* * * * *

باب الرضاع

مسألة : [أحكام الرضاع]

قال أبو جعفر[١]: (وإذا حملت المرأة ممَّن يَلحق نسبُ ولدها به، فصار لها لبن، فإن أرضعت به صبياً رَضعةً واحدة فما فوقها في الحولين: حرمت عليه في قول أبي يوسف ومحمد، وفي قول أبي حنيفة إلىٰ ثلاثين شهراً، ويكون هذا الرضيع أخاً لأولاد الزوج من الرضاعة)[٢].

قال أبو بكر: هذه الجملة التي ذكرناها تشتمل علىٰ مسائل:

منها: إيجاب التحريم بلبن الفحل.

ومنها: وقوع التحريم بالرضعة الواحدة، دون اعتبار العدد.

ومنها: مدة الرضاع الموجب للتحريم.

مسألة : [إيجاب التحريم بلبن الفحل]

فأما القول في لبن الفحل، فإن السلف مختلفون فيه، فروي عن رافع بن خديج، وسعيد بن المسيب، وأبي سلمة، وعطاء بن يسار، وسليمان

---

(١) مختصر الطحاوي ص٢٢٠.

(٢) المبسوط ١٣٤/٥، ١٣٧، شرح فتح القدير ٤٣٨/٣، ٤٤١، حاشية ابن عابدين ٢١٠/٣.

بن يسار، أنه لا يُحرِّم[١]، وهو قول مالك[٢].

وقال ابن الزبير، وابن عباس، وزينب بنت أبي سلمة، ومجاهد، وجابر بن زيد: إنه يُحرِّم[٣].

والأصل في إيجاب التحريم بلبن الفحل: ما روي عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة قالت: «استأذن علي أَفْلحُ أخو أبي القُعَيْس، فلم آذن له، ثم سألت النبي صلىٰ الله عليه وسلم فقال: «دَعِيه فَلْيَلِجْ عليك، فإنه عمُّك.

فقلت: إنما أرضعتني النساء، ولم يُرضعني الرجال!

فقال: فلْيَلِجْ عليك، فإنه عمك»[٤].

وكانت امرأة أبي القُعَيْس أرضعت عائشة.

وأيضاً: قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «يَحْرُم من الرضاع ما يَحْرُم من النَّسَب»[٥]، والنسب كله يكون من قِبَل الرجل وإن كانت المرأة هي التي وَلَدَتْ، فكذلك الرضاع يكون من قِبَله وإن كانت هي التي أرضعت.

---

(١) أحكام القرآن ١٢٩/٢، مصنف عبد الرزاق ٤٧١/٧، فتح الباري ١٥١/٩.

(٢) لم أجد هذا القول للإمام مالك، بل قوله مع جمهور الفقهاء أنَّ لبن الفحل يحرم، انظر بداية المجتهد ٣٨/٢، شرح موطأ الإمام مالك للزرقاني ١٧٠/٤.

(٣) مصنف عبد الرزاق ٤٧٤/٧، فتح الباري ١٥١/٩.

(٤) انظر فتح الباري ١٥٠/٩، ٥١٠/٤، صحيح مسلم ١٠٦٩/٢ـ ح١٤٤٥، سنن أبي داود ٤٥٤/٢ ـ ح١١٤٨، سنن الترمذي ٥٤٧/٣ ـ ح٢٠٥٧.

(٥) فتح الباري ١٣٩/٩، صحيح مسلم ١٠٧٠/٢، سنن أبي داود ٤٥٢/٢ ـ ح١١٤٦.

ومن جهة النظر: أنَّ وطء الرجل لما كان منه الولادة، صار سبباً لنزول اللبن الموجِب للتحريم، فوجب أن يتعلق حكم التحريم بالرجل، كهو في المرأة.

والدليل علىٰ ذلك: أنَّ الجد لما كان سبباً لحدوث الأب الذي منه كان الولد، كان الأب والجد سواء فيما يتعلق بهما من تحريم ولد الابن[١].

فصل: [ثبوت التحريم بالرضعة الواحدة]

وأما إيجاب التحريم بالرضعة الواحدة، فالأصل فيه: قول الله تعالىٰ: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾[٢]، ومعنىٰ الرضاع معقول في لغة العرب قبل ورود الشرع، غيرُ مفتقرٍ إلىٰ ورود بيانٍ فيه، فلما علَّق الحكم فيه بالاسم، وجب اعتبار عمومه فيما يتناوله.

ويدل علىٰ أنَّ الاسم يتناول القليل والكثير: أنَّ ابن عمر لما قيل له: إن ابن الزبير يقول: «لا تحرِّم الرضعة والرضعتان»[٣]، قال: قضاء الله أَوْلىٰ من قضاء ابن الزبير[٤]. قال الله تعالىٰ: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾.

فأخبر وهو رجل من أهل اللسان أنَّ إيجاب التحريم بقليل الرضاع

---

(١) أحكام القرآن ٢/١٢٩، ١٢٤.

(٢) النساء: ٢٣.

(٣) بهذا اللفظ ورد مرفوعاً في صحيح مسلم ٢/١٠٧٣ـ ح١٤٥٠١٤٥١، سنن أبي داود ٢/٥٢ ـ ح٢٠٦٣، سنن الترمذي ٣/٤٥٥.

(٤) مصنف عبد الرزاق ٧/٤٦٨.

معقول من اللفظ.

ويدل عليه أيضاً: قول ابن الزبير وروايته عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان»[١]، فأطلق الاسمَ علىٰ القليل، فتناوله عمومُ الآية.

ولأن مَن خالف ابن الزبير في ذلك لم يخالفه من جهة امتناع إطلاق الاسم علىٰ القليل، وإنما خالفه في الحكم دون الاسم.

وتقول العرب: لئيم راضع: للذي يرتضع من الشاة لئلا يُسْمَع بحَلْبه، فيُطْلَب منه[٢].

فثبت أنَّ الاسم معقول في اللغة علىٰ قليل الرضاع وكثيره.

فإن قال قائل: إنما كان يصح الاحتجاج بالعموم لو قال: (واللاتي أرضعنكم أمهاتكم)، فأما قوله: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ﴾، فالواجب أن يثبت أنها أُمٌّ، حتىٰ يثبت الرضاع.

قيل له: هذا جهلٌ[٣] من قائله بموضوع اللفظ، وذلك لأنه لا فَرْق بين قوله: (واللاتي أرضعنكم أمهاتكم)، وبين قوله: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ﴾، إذ كان كونها أُمّاً في هذا الوجه، ليس هو معنىٰ غير الرضاع، وإنما كان يجب ما يقول لو كانت الأمومة بمعنىٰ غير الرضاع، وأما إذا

---

(١) بهذا اللفظ ورد مرفوعاً في صحيح مسلم ٢/١٠٧٣ـ ح١٤٥٠، سنن أبي داود ٢/٥٢ ـ ح٢٠٦٣، سنن الترمذي ٣/٤٥٥ ـ ١١٥٠.

(٢) ينظر القاموس المحيط (رضع).

(٣) في (ق.ج): «غلط».

كان هذا اسماً مستفاداً من الرضاع، وليس هو شيئاً غيره، فلا فَرْق بين تقديم الأم في اللفظ، وبين تقديم ذِكْر الرضاع.

فإن قيل: هذا كقوله: وأمهاتكم اللاتي كَسَوْنكم، وأمهاتكم اللاتي أعطينكم، فيحتاج أن يثبت الإعطاء والكسوة حتىٰ تعلم به الأُمُّ.

قيل له: ليس كذلك، لأنها لا تصير أُمّاً بالكسوة والإعطاء، ولا يُكتَسَبُ[١] هذا الاسم بهما؛ لأن الأمومة شيء غيرهما، فاحتيج من أجل ذلك أن تثبت الأمومة بثبات ما علق بها من الفعل.

وأما الأم من الرضاع، فليست شيئاً أكثر من وجود الرضاع، وتعلّقه به، فوجب اعتبار عموم اللفظ[٢] في كونها أُمّاً.

ويدل عليه: أنَّ ابن عمر من أهل اللسان، وقد عَقَل من عموم اللفظ حصول معنىٰ الأمومة بالرضاع اليسير.

ومن جهة السنة: قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «إنما الرضاع من المَجَاعة»[٣].

وقولُه: «إنما الرضاع ما أنبتَ اللحم، وأنشز العظم»[٤].

والقليل من الرضاع يسد الجَوْعة بقِسْطه، فكذلك نأخذ بقِسْطه من إنبات اللحم، وإنشاز العظم، فوجب أن يحرِّم بعموم اللفظ.

---

(١) في (ق.ج): «لا يثبت».

(٢) في (ق.ج): «الرضاع».

(٣) صحيح البخاري ١٢٦/٦، صحيح مسلم ١٠٧٨/٢ـ ح١٤٥٥.

(٤) انظر مصنف عبد الرزاق ٤٦٣/٧، السنن الكبرىٰ للبيهقي ٤٦١/٧.

ومن جهة النظر: اتفاق الجميع علىٰ أنَّ النسب لما كان سبباً لإيجاب التحريم مؤبداً، تعلق حكمه بوجوده، كذلك الرضاع[١].

ووجب أن لا يعتبر تكرار الرضاع، كما لا يعتبر في إيجاب التحريم بالنسب ثبوته من جهاتٍ كثيرة.

وأيضاً: الجماع الذي تعلق به حكم التحريم، يستوي فيه قليله وكثيره، كذلك الرضاع، إذ كل واحد منهما سببٌ لإيجاب تحريمٍ مؤبَّد[٢].

فإن قيل: فالطلاق سبب[٣] للتحريم، ولا يتعلق التحريم فيه بالواحدة والثنتين.

قيل له: والطلاق لا يوجب تحريماً مؤبداً، وقد قيدنا العلة بدءاً بما كان سبباً لإيجاب تحريمٍ مؤبَّد.

* وأما ما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «لا تُحرِّم الرضعة ولا الرضعتان»[٤]، فإن هذا لمخالفنا ألزم منه لنا؛ لأن من أصله: أنَّ دليل هذا اللفظ يقتضي إيجاب التحريم بالثلاث، فلزم إيجاب التحريم بالثلاث، وإذا ثبت التحريم بالثلاث، ثبت بالثنتين، لاتفاقنا جميعاً علىٰ أنه لا فرق بين الثانية والثالثة.

ولا يلزمنا علىٰ أصلنا أيضاً، وذلك لأنه[٥] يحتمل أن يكون النبي

---

(١) الهداية مع شرح فتح القدير ٣/٤٤٦.

(٢) شرح فتح القدير ٢/٢١٩.

(٣) في (ق.ج): «لإيجاب».

(٤) صحيح مسلم ٢/١٠٧٤ـ ح١٤٥١.

(٥) في (ق.ج): «لا يحتمل».

صلىٰ الله عليه وسلم سئل عن صبي ارتضع رضعة أو رضعتين، ولم يعلموا حصول اللبن في جوفه، فقال: مثل هذا لا يحرم حتىٰ يحصل اليقين بوصوله إلىٰ جوفه، فنَقَلَ الراوي الحكم، ولم ينقل السبب الذي خرج عليه الخطاب، كقوله عليه الصلاة والسلام: «لا ربا إلا في النسيئة»[١]، ومعلوم أنه كلام خارج عن سببٍ مقصورِ الحكم عليه، وهو أنه سئل عن النوعين بعضه ببعض، فقال: «لاً ربا إلا فيً النسيئة»[٢] في مثل ذلك.

وأيضاً: فقد اختلف الصحابة في قبوله واستعماله، وأنكره جماعة منهم، وما كان هذا سبيله من أخبار الآحاد[٣] لا يُعترَض به علىٰ ظاهر القرآن.

وأيضاً: فإنه روي عن ابن عباس أنه قيل له: فيما روي أنه «لا تحرم الرضعة، ولا الرضعتان»، فقال: قد كان ذلك، ثم نُسخ[٤]، فأخبر أنه منسوخ، فهو أَوْلىٰ؛ لأنه عَلِمَ التاريخَ، وأخبر به.

وأيضاً: يحتمل أن يكون ذلك كان في رضاع الكبير في حال ما كان يُحرِّم رضاع الكبير، وهو الآن منسوخ بالاتفاق[٥]، فسقط حكم العَدَد

---

(١) فتح الباري ٣٨١/٤ ـ ح٢١٧٨، صحيح مسلم ١٢١٢/٢ـ ح١٥٨٩.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) أحكام القرآن ١٢٥/٢.

(٤) أحكام القرآن ١٢٥/٢، شرح فتح القدير ٤٤٤/٣، فتح الباري ١٤٩/٩، المغني والشرح الكبير ٢٠٢/٩، شرح الموطأ للزرقاني ١٧٩/٤.

(٥) المراجع السابقة.

فيه.

* وأما ما روي عن عائشة «أنه كان فيما أُنزل عشرُ رضعات محرِّمات، فنُسِخْن بخمس، وتوفي رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم وهو مما يتلىٰ»[١].

«وكان في صحيفة تحت السرير، فلما اشتغلنا بموت رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم فدخلت داجن فأكلتها»[٢].

قيل له: لا يجوز الاعتراض بمثله علىٰ ظاهر القرآن.

ولأنه غير جائز أن يقال إنَّ شيئاً من القرآن فُقِدَ حتىٰ لم يُنْقَل، ولا يجوز أن تذهب تلاوته والعلم به علىٰ الأمة.

ولأنه لا يجوز أن يكون القرآن معرَّضاً لأكل الشاة، حتىٰ لا يصل من أجله إلىٰ الأمة، وقد قال الله تعالىٰ: ﴿لَّا يَأْتِيهِ الْبَاطِلُ مِن بَيْنِ يَدَيْهِ وَلَا مِنْ خَلْفِهِ ۖ تَنزِيلٌ مِّنْ حَكِيمٍ حَمِيدٍ﴾[٣].

فإن قيل: ليس يمتنع نسخ التلاوة، مع بقاء الحكم.

قيل له: لو سلمنا ذلك، لم تكن لك فيه دَرَك، من قِبَل أنَّ عائشة قالت: «توفي النبي صلىٰ الله عليه وسلم وهو مما يتلىٰ».

فأخبرت أنه لم يُنْسَخ إلىٰ أن مات النبي صلىٰ الله عليه وسلم، ولا

---

(١) صحيح مسلم ٢/١٠٧٥ـ ح١٤٥٢.

(٢) ابن ماجه ١/٦٢٦، وفي الزوائد: فيه محمد بن إسحاق، وهو مدلس، وقد عنعنه.

(٣) فصلت: ٤٢.

يجوز النسخ بعد موت النبي صلىٰ الله عليه وسلم.

علىٰ أنه يحتمل أن يكون في رضاع الكبير، فنُسِخَ بنَسْخ رضاع الكبير[١].

وأيضاً: فليس كل ما يُتْلىٰ فهو ثابت الحكم، إذ جائزٌ نَسْخ الحكم مع بقاء التلاوة.

فصل: [مدة الرضاع]

وأما القول في مدة الرضاع فإن الكلام فيه من وجهين:

أحدهما: مع أبي يوسف ومحمد في جواز الزيادة علىٰ الحولين[٢].

والآخر: مع زفر في الزيادة علىٰ الثلاثين شهراً[٣].

فالدليل علىٰ سقوط اعتبار الحولين في نفي التحريم، فهو قول الله تعالىٰ: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾[٤]، فاسم الرضاع تناوله[٥] بعد الحولين من جهة اللغة، فوجب أن يدخل في العموم.

والدليل علىٰ أنَّ الاسم لا يختص بالحولين دون غيره: ما روي من اختلاف السلف في وقوع التحريم برضاع الكبير، وأن عائشة كانت إذا

---

(١) أحكام القرآن ٢/١٢٥.

(٢) البناية شرح الهداية ٤/٣٤٣.

(٣) المرجع السابق.

(٤) النساء: ٢٣.

(٥) في (ق.ج): لما تناوله.

أرادت أن تـأذن في الـدخول عليهـا، أمـرت أختَهـا بـأن ترضـعه عـشر رضعات[١]، فأطلقوا اسم الرضاع علىٰ الكبير.

وتقول العرب: لئيم راضع، لمن رضع من الشاة.

فثبت أنَّ ما فوق الحولين يـسمىٰ رضـاعاً مـن طريـق اللغـة، فوجـب دخوله في حكم الآية.

ويـدل عليـه أيـضاً: قـول الله تعـالىٰ: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ﴾[٢].

وقال في سياق الآية: ﴿فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوٓا۟ أَوْلَٰدَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾.

فدلت هذه الآية علىٰ وقوع الرضاع بعد الحولين من وجوه أربعة[٣]:

أحـدها: قولـه: ﴿فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا﴾، والفـاء للتعقيـب، فجعـل إرادة الفصال بعد الحولين، وهـذا يقتـضي أن يكـون حكـم الرضـاع باقيـاً بعـد الحولين حتىٰ يريدا الفصال، ثم يفطمانه.

والوجه الثـاني: أنـه ذكـر فـصالاً منكـوراً، ولـو كـان متعلِّقـاً بمـضيِّ الحولين، لعاد إليه الكلام بلفظ التعريف، فيقول: «الفـصال»، فلمـا ذُكِـرَ

---

(١) سنن أبي داود ٢/٥٥٠، وفيه: «كانت تأمر بنات أخواتها، وبنات إخوتها أن يرضعن من أحبت خمس رضعات».

(٢) البقرة: ٢٣٣.

(٣) انظر تفصيل المسألة في أحكام القرآن ١/٤١٠.

بلفظ النكرة، دل علىٰ أنه لم يتناول الحولين[1].

والوجه الثالث: أنه علَّقه بإرادتهما، ومشاورتهما، ولو كان مقصوراً علىٰ الحولين لما كان للإرادة والمشاورة فيه مَدْخل.

والوجه الرابع: قوله: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوٓاْ أَوْلَٰدَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾: فأجاز لهما الاسترضاع بعد الحولين، فدل علىٰ أنَّ الاسم يتناوله.

فإن قيل: هذه الآية تدل علىٰ أنَّ حكم الرضاع مقصور علىٰ الحولين؛ لأنه قال: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ﴾[2]، فأخبر أنَّ الحولين تمام الرضاع.

قيل له: قد يجوز إطلاق لفظ التمام عليه، والمراد به مقاربة التمام، كما قال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «مَن أدرك عرفة فقد تمَّ حجُّه»[3]، والمراد به مقاربة التمام؛ لأن عليه بعدُ طوافَ الزيارة، وهو فرضٌ من فروض الحج.

(١) قاعدة: إذا أعيد اللفظ منكراً كان غير الأول، وإذا أعيد معرفاً كان عين الأول، ومنه قوله تعالىٰ: ﴿فَإِنَّ مَعَ ٱلْعُسْرِ يُسْرًا ۝٥ إِنَّ مَعَ ٱلْعُسْرِ يُسْرًا ۝٦﴾.

(٢) البقرة: ٢٣٣.

(٣) سنن أبي داود ٢/٢٨٦ ـ ح١٩٥٠، سنن الترمذي ٣/٢٣٧ ـ ٨٨، وقال: هذا حديث حسن صحيح، سنن النسائي ٥/٢٠٦.

ملحوظة: إذا أعيد اللفظ منكراً كان غير الأول، وإذا أعيد معرفاً كان عين الأول، ومنه قوله تعالىٰ: ﴿فَإِنَّ مَعَ ٱلْعُسْرِ يُسْرًا ۝٥ إِنَّ مَعَ ٱلْعُسْرِ يُسْرًا ۝٦﴾.

وكما قال الله تعالىٰ: ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾[١]، والمعنىٰ مقاربة البلوغ.

وأيضاً: جائز أن يكون تقدير الحولين لما يلزم الأب من نفقة الرضاع، وما يُجْبَر عليه منها، وأنه لا يُجبر علىٰ نفقة الرضاع أكثر من حولين متىٰ أراد نَقْله إلىٰ غذاء الطعام، فيكون تقدير الحولين مستعمَلاً في هذا الوجه، دون ما يتعلق به حكم التحريم من الرضاع.

ودليل آخر: وهو قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «الرضاعة من المجاعة»[٢].

وقوله: «الرضاعة ما أنبتَ اللحم، وأنشز العظم»[٣].

فمتىٰ كان للَّبن تأثير في سد الجوعة وإنشاز العظم، وإنبات اللحم بعد الحولين: وجب أن يتعلق به حكم التحريم بعموم اللفظ.

فصل: [وجه تحريم الرضاع إلىٰ سنتين ونصف]

وأما وجه تقدير ستة أشهر بعد الحولين، فإن طريقه الاجتهاد، وذلك لأنه قد ثبت أنَّ رضاع الكبير لا يُحرِّم، وأن الزيادة علىٰ الحولين تحرِّم للدلائل التي قدَّمنا.

ثم تقدير الستة أشهر دون السنة التي اعتبرها زفر، فإنما هو اجتهاد؛ لأن المقادير لا تؤخذ من طريق المقاييس، وإنما طريقها التوقيف

---

(١) الطلاق: ٦٥.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) سبق تخريجه.

والاجتهاد، فلما عَدِمْنا فيه التوقيف، وحصلنا علىٰ الاجتهاد في إثبات مقدار المدة، لم يتوجه علينا فيه سؤال[١]، كتقويم المستهلكات، وأروش الجراحات[٢]، ومهر المثل، ونحوها من المقادير، إذا غلب في رأي المجتهد مقدارٌ منها، لم يتوجه عليه سؤال في إثبات ذلك المقدار، دون غيره من المقادير.

لأنه لا يقال لمن قال: عندي أنَّ هذا الثواب يساوي عشرة دراهم، أقم الدلالة علىٰ أنَّ قيمته عشرة دون أن يكون تسعة ونصف، أو عشرة ونصف، فكذلك ما كان هذا سبيله من المقادير.

وكان أبو الحسن الكرخي رحمه الله، يحتج لجهة تغليب الرأي في الستة أشهر دون غيرها: بأنه لما كان المعتاد من الرضاع حولين، ثم قامت الدلالة علىٰ جواز الزيادة عليهما بما وصفنا، كان أَوْلىٰ المقادير باعتبار المدة التي ينتقل بها الصبي من حال كونه نطفة إلىٰ غذاء اللبن، وهي ستة أشهر؛ لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر، فاعتبرنا ذلك في نَقْله من غذاء اللبن بعد الحولين إلىٰ غذاء الطعام، فجعلنا ستة أشهر[٣].

قال أبو بكر: ووجه آخر: وهو أنَّ الله تعالىٰ لما قال: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾[٤]، فاشتملت هذه الجملة علىٰ ذكر مدتين للحمل والرضاع،

---

(١) أحكام القرآن ١/٤١٢.

(٢) وفي الأصل: «الجنايات».

(٣) أحكام القرآن ١/٤١٢.

(٤) الأحقاف: ١٥.

ثم لمَّا قال: ﴿وَفِصَـٰلُهُۥ فِى عَامَيْنِ﴾[(١)]: حصلت مدة الحمل ستة أشهر، فصار كقوله: حمله ستة أشهر، وفصاله في عامين.

ثم لما ثبت عندنا أنه لا تجاوز[(٢)] زيادة مدة الحمل أكثر المـدة، وهـي الحولان، وَجَبَ ألا يجاوز بالزيادة علىٰ المدة المذكورة للرضاع أكثـر مـن المدة التي تضمنتها الآية للحمل، وهي ستة أشهر.

قال أبو بكر: وهذا ما ذكرناه عن أبي الحسن، فإنما هو جهة لتغليـب الرأي، وجواز الاجتهاد في إثبات هـذه المـدة دون غيرهـا، لا أنـه دليـل يوجب القطع، وليس نحتاج في مسائل الاجتهاد إلىٰ أكثر من هذا.

مسألة: [رضاع الكبير]

وأما القول في رضاع الكبير، فإنه يروىٰ عن عائـشة، وأبي موسـىٰ أنَّ رضاع الكبير يُحرِّم[(٣)].

وهو قول الليث بن سعد[(٤)].

وقد روي فيه حديث سالم مولىٰ أبي حذيفة «أنَّ النبي صـلىٰ الله عليـه وسلَّم قال لسهلة بنت سهيل بن عمرو، وهـي امـرأة أبي حذيفـة: أرضـعيه خمسَ رضعات، ثم يدخل عليك».

---

(١) لقمان: ١٤.

(٢) في (ق.ج): «تجوز».

(٣) أحكام القرآن ٤١٠/١، السنن الكبرىٰ للبيهقي ٤٦٠/٧، فتح الباري ١٤٨/٩.

(٤) المراجع السابقة.

فأخذت عائشة بذلك بعد موت النبي صلىٰ الله عليه وسلم.

وقال سائر نساء[١] النبي صلىٰ الله عليه وسلم: لعل هذه الرخصة كانت من رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم لسالم وحده[٢].

وقد روي في هذه القصة «أنَّ النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال لسهلة: أرضعي سالماً ليذهب ما في وجه أبي حذيفة من الكراهة»[٣].

لأنها رأت في وجه أبي حذيفة كراهةً من دخول سالم عليها، فإنما ذكر فيه ذهاب ما في وجه أبي حذيفة من الكراهة، ولم يذكر فيه التحريم.

ويحتمل أن يكون أراد به التحريم، وكان خاصاً لسالم، كما خصَّ أبا بردة بن نِيَار بالجذعة، وأنها لا تجزئ عن أحد بعده[٤]، ولا يكون الإجزاء إلا من واجب، لأنه لو لم يكن واجباً لأجزأه الترك، وكانت الجذعة زيادة علىٰ الأجزاء.

وقد روىٰ الأشعث بن سليم عن أبيه عن مسروق عن عائشة «أنَّ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم دخل عليها، وعندها رجل، قالت: فكأنه تغيَّر لونه، قالت: فقلت: يا رسول الله إنه أخي - يعني - من الرضاعة.

فقال: «انظرن ما إخوانكن، فإنما الرضاع من المجاعة»[٥].

---

(١) في الأصل: «أصحابه».

(٢) صحيح مسلم ٢/١٠٧٨ـ ح١٤٥٤، أبو داود ٢/٥٤٩ ـ ح٢٠٦١.

(٣) المراجع السابقة.

(٤) صحيح البخاري ٦/٢٣٦، صحيح مسلم ٢/١٥٥٣- ح١٩٦١.

(٥) صحيح البخاري ٦/١٢٥، صحيح مسلم ٢/١٠٧٨- ح١٤٥٥.

وسببه أن تكون عائشة قد رجعت عن قولها في رضاع الكبير؛ لأن حماداً روىٰ عن الحجاج عن أبي الشعثاء عن عائشة قالت: «لا يُحرِّم من الرضاع إلا ما أنبت اللحم والدم»(١).

وروىٰ عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه «أنَّ عائشة كانت تأمر بنت عبد الرحمن بن أبي بكر أن ترضع الصبيان، حتىٰ يدخلوا عليها إذا صاروا رجالاً»(٢).

وقد روي عن علي، وعمر، وابن مسعود، وابن عباس: «لا رضاع بعد الحولين»(٣).

وروي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «لا رضاع بعد فصال»(٤).

و«الرضاعة ما أنبت اللحم وأنشز العظم»(٥).

فصل:

قال: (ولو كان حمل هذه المرأة المرضعة ممَّن لا يلحق نسب ولدها به: كانت هي أمه من الرضاع، وأولادها إخوةً لأم).

---

(١) ما وجدت هذا القول منسوباً إلىٰ عائشة رضي الله عنها في غير أحكام القرآن ٤١١/١.

(٢) سنن أبي داود ٢/٥٥٠ ـ ٢٠٦١، موطأ الإمام مالك ٢/٦٠٤.

(٣) موطأ الإمام مالك ٢/٦٠٧، سنن الدارقطني ٢/١٧٤، نيل الأوطار ١٢١/٧، السنن الكبرىٰ ٧/٤٦٢، المحلىٰ لابن حزم ١٠/١٩.

(٤) سنن ابن ماجه ١/٦٢٦، السنن الكبرىٰ ٧/٤٦١.

(٥) السنن الكبرىٰ ٧/٤٦١، سنن الدارقطني ٢/١٧٣.

لأنه لا نسبَ له من جهة أب، ولا يتعلق التحريم إلا بمَن كان من جهة الأم؛ لأنه إنما يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب.

مسألة : [لو تزوج زوجتين فأرضعت إحداهما الأخرىٰ]

قال : (ولو تزوج صغيرة وكبيرة، فلم يدخل بالكبيرة حتىٰ أرضعت الكبيرةُ الصغيرةَ: بطل نكاحهما، ولا صداق للكبيرة)[1].

وذلك لأن فساد النكاح كان من جهتها قبل الدخول، ولا يختلف في سقوط مهرها أن تكون تعمدت الفساد أو لم تتعمد، ألا ترىٰ أنه لا فَرْق في سقوط مهرها بين أن ترتد قبل الدخول، وبين أن تختار نفسها بخيار البلوغ، وخيار العتق قبل الدخول، والمعنىٰ في جميع ذلك: أنها استحقت البضع لنفسها بفعلها قبل الدخول، فلا يجوز أن تستحق بدله مع استحقاقها للمبدَل عنه، وهو البضع.

* وأما الصغيرة: فلها الصداق؛ لأنها لم تستحق البضع قبل الدخول، ولا يجوز أن يكون فِعْلُ غيرها مسقِطاً لصداقها، كما لا يسقطه طلاق الزوج، فوجب لها نصف المهر.

ثم ينظر: فإن كانت الكبيرة تعمدت الفساد: رجع عليها الزوج بما غرمه من نصف الصداق، وذلك لأن الرضاع نفسه ليس بجناية، وإنما هو سبب لوقوع الفرقة واستحقاق البضع علىٰ الزوج، فإن كان متعدياً في السبب: ضمن ما تولَّد عنه، مثل حافر البئر في ملك الغير بغير أمره، أو في طريق المسلمين، لما كان متعدياً في السبب، ضمن ما حدث عنه.

---

(١) الهداية مع شرح فتح القدير ٤٥٧/٣.

وأما إذا لم تتعمد الفساد: فإنها غير متعدية في السبب، فلا تضمن ما حدث عنه من الضمان، كحافر البئر في ملك نفسه يضمن ما يَحْدُثُ عنه.

ونظير تعمد الفساد: شهادة الشهود بالطلاق قبل الدخول، ثم رجوعهم عنها بعدما غرم الزوج نصفَ المهر: أنهم يضمنونه للزوج من حيث كانوا متعدين في السبب.

فإن قال قائل: لا ينبغي أن يغرم واحد من هؤلاء للزوج شيئاً، لأن نصف المهر الذي غرمه الزوج، هو بعض ما كان عليه قبل الفرقة، فهم لم يلزموه شيئاً بالفرقة.

قيل له: ليس كذلك عندنا؛ لأن ورود الفرقة، واستحقاق البضع علىٰ الزوج قبل الدخول، يُسقط جميع المهر، كما يَسقط جميع الثمن بهلاك المبيع قبل القبض.

وإنما يجب عندنا نصف المهر: علىٰ جهة الاستئناف، كما تجب المتعة علىٰ جهة الاستئناف إذا لم يكن هناك مسمىٰ.

* **قال**: (وليس للزوج بعد هذا أن يتزوج الكبيرة أبداً)[1].

وذلك لأنها صارت أم امرأته.

* (وله أن يتزوج الصغيرة؛ لأنه لم يدخل بالأم، ولو كان دخل بالكبيرة: لم يتزوج الصغيرة أبداً).

---

(١) شرح فتح القدير ٣/٤٥٧.

مسألة : [أثر السعوط والوجور في الرضاع]

قال : (السَّعُوط[١] والوَجُور[٢] يُحرِّمان كما يُحرِّم الرضاع)[٣].

وذلك لقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «الرضاعة من المجاعة»[٤] وقوله: «الرضاع ما أنبت اللحم وأنشز العظم»[٥]، وهذا المعنىٰ يحصل بالسَّعوط والوَجُور؛ لأن السَّعوط يحصل إلىٰ الدماغ، وينزل إلىٰ الجوف، فيغذِّي ويسد الجوعة، والوَجُور يصل إلىٰ الجوف فيغذِّي.

مسألة : [أثر الحقنة في الرضاع]

(وأما الحقنة فلا تحرِّم شيئاً)[٦].

وذلك لأنه لم يصل إلىٰ موضع الغذاء، ولا تأثير له في إنبات اللحم، ولا إنشاز العظم، إذ لا يصل إلىٰ المعدة، وهي موضع الغذاء.

مسألة : [إقرار الزوج بأن زوجته هي أخته من الرضاع]

(ومَن تزوج امرأة، ثم قال قبل الدخول بها: هي أختي من الرضاع: انفسخ النكاح بينهما، فإن صدَّقته: فلا صَدَاق لها، وإن كذَّبته وحلفت

---

(١) والسَّعوط: كرَسول: دواء يصب في الأنف، والسُّعُوط: كقُعود، مصدر. انظر المصباح مادة (سعط)، والمراد: صب اللبن من الأنف.

(٢) الوَجور: بفتح الواو، وِزان: رسول: الدواء يصب في الحلق. ينظر المصباح المنير (وجر)، والمراد صبُّ اللبن في الحَلْق.

(٣) حاشية ابن عابدين ٣/٢٠٩.

(٤) سبق تخريجه.

(٥) سبق تخريجه.

(٦) مختصر الطحاوي ص٢٢١، الهداية مع شرح فتح القدير ٣/٤٥٥.

عليه: كان لها نصف الصداق)[١].

وذلك لأن تحت قوله هذا معنيين: أحدهما: اعترافه بفساد النكاح، وهو يملك فسخه وإبطاله، فيُصدَّق فيه علىٰ نفسه.

والثاني: عليهما[٢]، وهو سقوط مهرها، فلا يصدَّق عليها إلا أن تُصدِّقه.

* (ولا يُقبَل في ذلك من البينة إلا رجلان عَدْلان، أو رجل وامرأتان)[٣].

لأن ذلك معنىٰ يشهده الرجال، ولا تُسقطه الشبهة، فهو كسائر الحقوق التي لا تسقط بالشبهة.

مسألة : [مَن أرضعت صبياً من لبن زوجها الأول وقد تزوجت بغيره]

قال : (ومَن طلق امرأته، ولها لبن من ولدٍ كانت وَلَدَتْه منه، وتزوَّجت آخرَ وهي كذلك، فأرضعت صبياً: كان ابنَها وابنَ زوجِها الأول)[٤].

وذلك لأن اللبن نزل من الأول بدءاً، فلا يرتفع حكمه بارتفاع النكاح، كما لا يرتفع بالموت، وكما لو حُلِب منها لبن، ثم ماتت: لم يبطل حكم الرضاع عن لبنها.

---

(١) بدائع الصنائع ٥/٢١٩٢.

(٢) هكذا في الأصل.

(٣) مختصر الطحاوي ص٢٢١، تبيين الحقائق ٢/١٨٧.

(٤) بدائع الصنائع ٥/٢١٨٤.

[مسألة :]

قال : (ولو حملت من الثاني، ثم أرضعت صبياً، فهو ابنُ الأول دون الثاني حتىٰ تضع)[1].

وذلك لأن الولادة لما كانت سبباً لنزول اللبن، وجب بقاء حكمها إلىٰ أن تحدث ولادة أخرىٰ، كما أنَّ مَن قطع يد رجل من الزَّنْد: كان حكم جنايته قائماً ما بقيت الجراحة، فإن جاء آخر فقطع ذراعه من المِرْفق، سقط حكم الجناية الأولىٰ فيما يحدث من السراية، وتعلقت بالثانية، فكذلك ما وصفنا.

(وقال أبو يوسف: إذا عُرف أنَّ هذا اللبن الذي أرضعت به الصبي من الثاني: كان الصبيُّ ابن الثاني)[2].

وذلك لأن زيادة اللبن وحدوثه عند الحمل: دليل علىٰ أنه من الثاني.

ولأبي حنيفة: أنَّ اللبن قد يزيد لأجل الغذاء والوقت من غير حمل، فلا يجوز الحكم بأن الزيادة من الثاني بالشك، بل حكم الأصل أبداً قائم في كونه من الأول حتىٰ تحدث ولادة أخرىٰ، فيصير من الثاني.

وقال محمد: هو منهما جميعاً[3]، وجعله بمنزلة لبن امرأتين امتزجا في قَدحٍ واحد، فيقع الرضاع منهما.

---

(١) المصدر السابق، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله.

(٢) بدائع الصنائع ٥/٢١٨٥.

(٣) بدائع الصنائع ٥/٢١٨٥.

مسألة : [حكم لبن المرأة الميتة في الرضاع]

قال : (ولبن الميتة كلبن الحية في التحريم)[١].

وذلك لأن اللبن لا يلحقه حكم الموت؛ لأنه لا حياة فيه، وما لا حياة فيه فحالُه بعد الموت كهي قبله.

والدليل علىٰ أنه لا حياة فيه: أنه يؤخذ من الحيوان في حال حياته من غير إيلام له، ولو كان فيه حياة لألَّم الحيوان بأخذه كاللحم، وسائرُ أعضائه لما كان فيها حياة ألَّم الحيوان بأخذها منه.

مسألة : [خَلْطُ لبن المرضعة مع الماء]

قال : (وإذا صُبَّ لبن في ماء، ثم أُوْجِرَه صبي: فإن كان اللبن هو الغالب: أوجب التحريم)[٢].

لأن قوته باقية في تغذية الصبي، وسَدِّ جَوْعته، وقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «الرضاعة من المجاعة»[٣]، «والرضاعة ما أنبت اللحم»[٤].

قال أبو بكر : وهذا الجواب ينبغي أن يكون علىٰ قول أبي يوسف ومحمد.

وينبغي علىٰ قول أبي حنيفة أن لا يُحرِّم؛ لأنه يقول: لو أنَّ لبناً جُعِل فيه طعام: لم يحرِّم، سواء كان هو الغالب أو الطعام، وينبغي أن

---

(١) المصدر السابق، تبيين الحقائق ٢/١٨٥.

(٢) الهداية مع شرح فتح القدير ٣/٤٥١، بدائع الصنائع ٥/٢١٨٢.

(٣) تقدم.

(٤) تقدم.

يكون الماء مثله.

ووجه ذلك: أنَّ اختلاطه بالطعام والماء، يسلبه قوته، حتىٰ لا يمكن الصبي الاقتصار عليه في الغذاء، ولا يقوم عليه بدنه لو دام عليه، فلذلك لم يحرِّم.

* **قال**: (وإن كان الماء هو الغالب: لم يُحرِّم)[١].

وذلك لأن قوته زائلة، ولا يمكن الاقتصار عليه في تغذية الصبي.

مسألة: [خَلْطُ لبن امرأتين]

قال: (ولو خُلط لبن امرأة بلبن امرأة أخرىٰ: فالحكم للغالب منهما.

ويسقط حكم القليل في قول أبي يوسف)[٢]، وجَعَلَه بمنزلة الماء، والطعام إذا غلبا علىٰ اللبن، أو غلب اللبن عليهما.

(وقال محمد: يقع التحريم منهما)[٣].

وذلك لأنهما من جنس واحد، فلا يصير القليل مستهلَكاً في الكثير، وكل واحد منهما يأخذ بقِسْطِه من التغذية، وسدِّ الجوعة؛ لأن كل واحد منهما لا تأثير له في سلب قوة الآخر.

والدليل علىٰ ذلك: أنَّ رجلاً لو غصب من رجل زيتاً، فخلطه بزيت آخر، اشتركا فيه في قولهما جميعاً[٤].

---

(١) المصادر السابقة.

(٢) مختصر الطحاوي ص٢٢٢، بدائع الصنائع ٢١٨٣/٥.

(٣) بدائع الصنائع ٢١٨٤/٥.

(٤) المبسوط ٩١/١١.

ولو خلطه بشَيْرج أو دهن من غير جنسه: اعتبر الغالب، فإن كان الغالب هو المغصوب: كان لصاحبه أن يأخذه، ويعطيه بقسط ما اختلط بزيته، وإن كان الغالب غير المغصوب: صار المغصوب مستهلَكاً فيه، ولم يكن له أن يشاركه، ولكن الغاصب يَغْرم له مثل ما غصبه، فدل ذلك علىٰ اختلاف حكم الجنس الواحد، والجنسين.

مسألة : [لبن البِكْر]

قال : (وإذا نزل للمرأة البِكْر لبن، فأرضعت به صبياً: حَرُمت)[١].

لقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «الرضاعة من المجاعة»[٢]، و«الرضاعة ما أنبت اللحم»[٣]، وذلك موجود في لبن البكر.

وقول الله تعالىٰ: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾[٤]: يدل علىٰ ذلك أيضاً.

مسألة : [نكاح صغيرتين أرضعتهما امرأة واحدة]

قال : (وإذا تزوج صغيرتين، فأرضعتهما امرأةٌ إحداهما بعد الأخرىٰ: صارتا أختين، وبانتا من زوجهما)[٥].

---

(١) الهداية مع شرح فتح القدير ٣/٤٥٤.

(٢) تقدم.

(٣) تقدم.

(٤) النساء: ٢٣.

(٥) بدائع الصنائع ٥/٢١٨٦ (ط صبيح)، ٤/١١ (ط الجمالية).

وذلك لأنهما صارتا أختين برضاع الثانية في حالٍ واحدة[١].

* وقد حُكي عن بعض الأغفال: أنَّ الأُولىٰ تبين دون الثانية، وهذه جهالة مُفْرِطة، من قِبَلِ أنهما صارتا أختين معاً، إذ قد يستحيل أن تكون الأولىٰ قد صارت أختاً للثانية، والثانية ليست بأخت لها، وإذا صارتا أختين معاً: وجب أن تَبِينا.

مسألة :

قال : (ولو تزوج ثلاث صبايا، فأرضعتهنَّ أجنبيةٌ واحدةٌ قبل الأخرىٰ: حرمت الأُوليان؛ لأنهما قد صارتا أختين، فبانتا، ولم تَبِن الثالثة؛ لأنها صارت أختاً لهما، وليستا تحته)[٢].

مسألة : [لبن غير المرأة]

قال : (ولا يحرِّم من الألبان شيء إلا لبن بنات آدم)[٣].

وذلك لأن لبن غيرهن لا يتعلق به حرمة، ألا ترىٰ أنه لا يصح نسبة ما يتعلق بالرضاع من الأمومة والأخوة إليه.

* * * * *

---

(١) وعليه يحرم الجمع بين الأختين.

(٢) مختصر الطحاوي ص٢٢٢، باختصار.

(٣) تبيين الحقائق ٢/١٨٦.

باب النفقة علىٰ الأقارب والزوجات والمطلقات

مسألة : [نفقة الزوجة]

قال أبو جعفر[١]: (علىٰ الزوج نفقةُ زوجته، وكسوتُها بالمعروف)[٢].

والأصل فيه قول الله تعالىٰ: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ﴾[٣].

وقال تعالىٰ: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[٤].

وقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم في خطبته المشهورة[٥]: «لهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف».

وعلىٰ ذلك اتفاق أهل العلم[٦].

قال[١]: (علىٰ الموسر قَدَره وعلىٰ المُقْتِر قدره) متاعاً بالمعروف.

---

(١) مختصر الطحاوي ص٢٢٣.

(٢) بدائع الصنائع ٥/٢١٩٦، فتح القدير ٤/٣٧٨، الدر المختار ٣/٥٧٢.

(٣) النساء: ٣٤.

(٤) البقرة: ٢٣٣.

(٥) صحيح مسلم /٨٩٠ ـ ح١٢١٨.

(٦) المغني والشرح الكبير ٩/٢٣٠، بدائع الصنائع ٥/٢١٩٧.

وبذلك قال النبي[٢] صلىٰ الله عليه وسلم.

وليس من المعروف إلزام المعسر من نفقة زوجته ما يُجْحِف بـه، ولا إلزام الموسر النزر اليسير الذي لا يُكتفىٰ به.

مسألة : [نفقة خادم الزوجة]

قال : (وعلىٰ الزوج أن ينفق علىٰ خادمٍ واحدٍ لها)[٣].

وذلك لأن عليه أن يقيم لها مَن يُصلح لها الطعـام والكـسوة؛ لأن الله تعالىٰ لما قال: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾[٤]، والرزقُ ما يؤكـل: علمنـا أنَّ عليه إيصاله إليها علىٰ حالٍ يتأتىٰ فيها الأكل.

قال : (وروي عن أبي يوسف: أنها إذا كانت ممن يَجِلُّ قَدْرُها عن الخادم الواحد، أنفق علىٰ مَن لا بدَّ لها منه من الخدم اثنين أو أكثر من ذلك)[٥].

وحَمَلَ الأمرَ فيه علىٰ العادة، ولأن هذا من المعروف لمِثْلها.

---

(١) أي أبو جعفر الطحاوي، كما في المختصر ص٢٢٣.

(٢) أي كما تقدم في الحديث السابق الذكر.

(٣) المبسوط ٥/ ١٨١.

(٤) البقرة: ٢٣٣.

(٥) وبهذا أخذ الإمام الطحاوي كما في المختصر ص٢٢٣، لكن رأي الإمام وصاحبيه في المشهور عنهم كما ذكر الطحاوي: أنه لا يجب علىٰ الزوج الإنفاق علىٰ أكثر من خادم واحد.

مسألة : [علىٰ العبد نفقة زوجته]

قال : (وعلىٰ العبد نفقة زوجته، تكون دَيْناً عليه يُباع فيه)[١].

وذلك لعموم قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف»[٢]، ولم يُخصِّص حراً من عبد.

وأيضاً: فإن النفقة تُستحق بالتسليم عن العقد، كالمهر يُستحق بمِلك البُضْع، فلما لم يختلف الحر والعبد في لزوم المهر، كان كذلك في النفقة.

* **قال** : (وليس عليه نفقة ولده)[٣].

وذلك إن كان من حرة: فهو حر، فلا يجوز أن تلزم العبد نفقة حر، ألا ترىٰ أنه لا يلزمه نفقة ابنه وسائر ذوي الرحم المَحْرم، وإن كان من أمة: فهو عبدٌ لغيره، ولا تلزمه نفقة عبدِ غيره.

مسألة : [مَن عجز عن نفقة زوجته]

قال : (ومَن عجز عن نفقة امرأته: استُدين عليه، وأُنفق علىٰ زوجته، فإن لم يقدر علىٰ ذلك: فُرض لها عليه نفقة، وكانت دَيْناً لها عليه)[٤].

قال أبو بكر : لا يُفرَّق بينهما لأجل النفقة، وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا ۚ سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ

---

(١) المبسوط ١٩٨/٥.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) المبسوط ١٩٩/٥.

(٤) المبسوط ١٨٧/٥، شرح فتح القدير ٣٨٩/٤.

عُسْرٍ يُسْرًا ﴾[١].

فدلت هذه الآية علىٰ أنَّ العجز عن النفقة: لا يوجب التفريق[٢]، وذلك لأنه أفادنا وجوب النفقة فيما يقدر عليه، ويمكنه إنفاقه، فدل أنها غير واجبة علىٰ مَن لا يقدر عليها.

وقوله: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا﴾: يدل علىٰ ذلك أيضاً؛ لأن فيه إخباراً أنَّ مَن لا يقدر عليها لا يُكلَّفها، وإذا لم يُكلَّف الإنفاق في هذه الحالة لإخبار الله تعالىٰ بزوال تكليفها عنه: لم يجز أن يُفرَّق بينهما من أجل ما ليس عليه إنفاقه.

ويدل عليه أيضاً: قول الله تعالىٰ: ﴿سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾[٣]: يعني ـ والله أعلم ـ أنه إن لم ينفق في هذه الحال، فإنه سينفق في حال اليسار، ويلزمه ذلك فيها.

ومن جهة النظر: أنَّ الأبضاع لا تُستحق بالأموال، والدليل علىٰ ذلك:

---

(١) الطلاق: ٧.

(٢) للعلماء في التفريق بين الزوجين بسبب الإعسار في النفقة رأيان:
الرأي الأول: وهو رأي جمهور الفقهاء: أن لها أن تفسخ إذا أعسر بالنفقة كلها أو بعضها.

والرأي الثاني: وهو رأي الحنفية: ليس لها التفريق بسبب إعسار الزوج، لأن النفقة تصير ديناً بفرض القاضي، ولكل من الرأيين شروط وأدلة. انظر التفصيل في أحكام القرآن للجصاص ٣٥٨/٣، شرح فتح القدير ٣٨٩/٤، حاشية الدسوقي ٥١٧/٢، المجموع شرح المهذب ٢٦٧/١٨، كشاف القناع ٤٧٦/٥.

(٣) الطلاق: ٧.

أنَّ عَجْزه عن مهرها: لا يوجب التفريق.

فإن ألزموا ذلك، وقالوا: يُفرَّق بينهما إذا عجز عن المهر.

قيل لهم: هذا خلاف الاتفاق، فإن فقهاء الأمصار متفقون علىٰ أنَّ العجز عن المهر لا يوجب التفريق[١].

وعلىٰ أنَّ جهة استدلالنا مع ذلك صحيحة، لأن الجميع متفقون علىٰ أنها لو كان لها عليه دين من غير المهر، فعجز عنه: لم يُفرَّق بينهما من أجله، فكذلك المهر، والنفقة[٢].

والمعنىٰ في ذلك كله: أنه مال، فلا يُستحق البُضْع من أجله.

ودليل آخر: وهو أنه لا يخلو وجوب التفريق من أن يكون متعلقاً بالماضي، أو بالحال، أو بالمستقبل:

فإن كان للماضي: فقد اتفقوا علىٰ أنه لو عجز عما لزمه للماضي، وهو قادر علىٰ نفقة الحال، لم يُفَرَّق بينهما، ولأن الماضي كسائر الديون، فلا يُستحق البضع من أجله.

ولا يجوز أن يكون للمستقبل؛ لأنها لم تجب بعد، فإذا لم يُفرَّق للواجب الماضي، فللمستقبل أحرىٰ أن لا يجب.

وأما الحال: فليست تخلو من أن تكون في حكم الماضي أو المستقبل؛ لأنه لا يخلو من أن يكون واجباً أو غير واجب، فلما لم يُفرَّق للماضي، والمستقبل، وكانت الحال في حكم أحدهما، لم يجب التفريق.

---

(١) المغني والشرح الكبير ٢٥١/٩.

(٢) المبسوط ١٩٠/٥.

ووجه آخر: وهو أنه معلوم أنه كان في أصحاب النبي صلىٰ الله عليه وسلم قومٌ فقراء من المهاجرين والأنصار، ولهم نساء، ولم يوجِب النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم لهن الخيار في الفرقة، ولو كان لهن الخيار لأعلمهن ذلك، ولو أعلمهن لنُقل، فلما لم يُنْقَل مع عموم الحاجة إليه، لكثرة الفقراء هناك، علمنا أنَّ عَجْز الزوج عن النفقة لا يوجب لها الخيار[1].

فإن قال قائل: قال الله تعالىٰ: ﴿فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾[2]، فإنما جعل للزوج أحدَ شيئين، فإذا لم يقدر علىٰ الإمساك بالمعروف: وجب التسريح، فإذا لم يفارقها: فرَّق القاضي بينهما؛ لأن الله تعالىٰ قد جعل لها ذلك، لأن مَن خُيِّر بين شيئين ثم عجز عن أحدهما، تعيَّن عليه لزوم الآخر.

قيل له: ومَن قال لك أنَّ العاجز عن نفقة امرأته غير ممسك لها بالمعروف حتىٰ يوجَب لها حق التسريح؟

ولو كان كذلك، لوجب أن يكون أصحاب الصُفَّة فقراء الصحابة غيرَ ممسكين لنسائهم بالمعروف، وحاشاهم من ذلك؛ لأن هذه صفةُ ذم، ولا يجوز وَصْفهم بها.

وعلىٰ أنهم متفقون علىٰ أنه لو قَدَر علىٰ نفقتها، وامتنع مع ذلك من الإنفاق عليها، وأساء عشرتها: كان غير ممسك لها بالمعروف، ولم تستحق مع ذلك التفريق، وإنما يكون غير ممسك بمعروف إذا امتنع من حقٍّ قد لزمه لها.

---

(١) شرح فتح القدير ٤/١٩٠.

(٢) البقرة:١٢٩.

فأما إذا لم يُنْفِق للعجز، فهو ممن قال الله: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَاۚ﴾، فإذا لم يكن مكلَّفاً للإنفاق في حال العجز، لم يجز أن يكون غير ممسك لها بمعروف.

فإن قال قائل: لما خَيَّر اللهُ النبيَّ صلىٰ الله عليه وسلم بين الدنيا والآخرة، فاختار الفقرَ، خَيَّر نسائه، فدلَّ علىٰ أنَّ عَجْز الزوج يوجب لها الخيار.

قيل له: هذا غلط من وجوه:

أحدها: أنَّ النبي صلىٰ الله عليه وسلم لم يكن عاجزاً عن نفقة نسائه، وقد كان يدَّخرُ لهنَّ قوتَّ سنة[1].

وأيضاً: فإنه كان متبرعاً بالتخيير؛ لأن فعله لا يقتضي الوجوب.

وأيضاً: فإنما خيَّرهن لقول الله تعالىٰ: ﴿إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ ٱلْحَيَوٰةَ ٱلدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ﴾[2]، فشرط في تخييرهن إرادة الحياة الدنيا وزينتها، ولا خلاف بين الفقهاء أنَّ امرأة لو أرادت الحياة الدنيا وزينتها: لم يجب لها خيار من أجل إرادتها لذلك.

فإن قال قائل: لما كانت النفقة من موجَب العقد، كالوطء، ثم كان عجزه عن الوطء يوجب لها الخيار في الفرقة[3]، وجب أن يكون كذلك

---

(١) صحيح البخاري ٣/٢٢٧، صحيح مسلم ٢/١٣٧٦- ح١٧٥٧، أحكام القرآن ٣/٣٥٩.

(٢) الأحزاب: ٢٨.

(٣) شرح فتح القدير ٤/٢٩٧.

حكم عَجْزه عن النفقة.

قيل له: لا خلاف أنه لو وطىء مرةً، ثم عجز، لم يكن لها الخيار، ومخالِفُنا يزعم[1] أنه لو أنفق، ثم عجز عن الإنفاق: كان لها الخيار، فلم يكن العجز عن النفقة بعد القدرة عليها، كالعجز عن الوطء بعد وجوده، فبطل أن يكون أحدهما أصلاً للآخر.

وعلىٰ أنه إعلالٌ منتقِض؛ لأن العجز عن الوطء إن كان علةً لوجوب الخيار، لوَجَبَ اعتباره في إيجاب الخيار حيثما وُجِد، فلما وجدناه قد يعجز عن الوطء بعد الوطء الأول، فلا يجب لها خيار، دلَّ علىٰ فساد اعتلالك.

وأيضاً: فإنما وجب الخيار لها عند العجز عن الوطء الأول؛ لأنه حقٌّ وجب لها، لا يرجع منه إلىٰ بدل عند الفوات، والنفقة لا تسقط بالعجز، ولا يفوت به حقها، لأنها تُفرض عليه، فتكون دَيْناً في ذمته، يؤخذ به إذا أيسر.

وبهذا المعنىٰ فارق العاجزَ عن نفقة عبده في أمرنا إياه بالبيع؛ لأنه لا يرجع عما يفوته منه إلىٰ بدل لا يثبت له علىٰ مولاه النفقة في ذمته.

وأيضاً: فإن الموجب لخيارها عند العجز عن الوطء عندنا، هو أنها لا تستحق المهر استحقاقاً صحيحاً إلا بالوطء، والمهر بدل البضع، فمِن حيث استحق عليها بضعها استحقاقاً صحيحاً، لزمه أن يُملِّكها بدله تمليكاً صحيحاً، وأما النفقة فليست بدلاً من البضع، فلا يجب من أجلها الخيار.

---

(١) السنن الكبرىٰ ٧/٤٦٩.

وأيضاً: فإن العاجز عن نفقة امرأته: يفرض القاضي لها نفقتها من بيت المال، ولا يمكنه إيصاله إلىٰ الوطء بوجه.

وأيضاً: فقد تصل إلىٰ النفقة من جهة غيره، ولا تصل إلىٰ الوطء من جهة غيره، فلذلك افترقا.

مسألة: [النفقة لا تصير دَيْناً إلا بحكم القاضي]

قال: (والنفقة لا تصير ديناً إلا بالفرض، إما أن يفرضها القاضي، أو يتراضيا علىٰ الفرض)[1].

وذلك لأنها تجري مجرىٰ الصلة، والدليل عليه: أنها ليست بدلاً عن البضع، لأنها لو كانت كذلك لوجبت بحذاء مِلْك البضع، وليست بدلاً من الاستمتاع؛ لأنه واقع في ملك نفسه، فلا يستحق عليه بدله، لأن مَن تصرَّف في مِلك نفسه لم يلزمه عنه بدلٌ لغيره.

فلما خلت النفقة من أن تكون بدلاً من شيء، علمنا أنَّ موضوعها موضوع الصلة، فلا تصير دَيْناً إلا بالتراضي، أو بفَرْض القاضي، فتصير حيئنذ دَيْناً بالاتفاق.

والقياس يمنع أن تصير ديناً بالفرض، إلا أنهم تركوا القياس للاتفاق.

فإن قيل: فإن كانت صلة، فالواجب أن لا تصير ديناً بحال، ولا تحصل في حكم الواجب.

قيل له: لا يجب ذلك؛ لأن كثيراً من الواجبات قد يجب لا علىٰ معنىٰ الأبدال، لأسباب توجبها، كما تَعْقِل العاقلة الدية عن القاتل، لا علىٰ

---

(١) الدر المختار: ٣/٥٩١، شرح فتح القدير ٤/٣٩٣.

جهة بدل عن شيء ملكوه، وكما تجب الصدقات، والزكوات.

ومن أجل وجوبها علىٰ وجه الصلة قال أبو حنيفة وأبو يوسف: لو أعطاها نفقة سنة، ثم مات أو ماتت: أنها لا تضمن ما قبضته للمستقبل[١].

وكذلك لو وجبت لسنين بفَرْض الحاكم، ثم مات أحدهما: سقطت؛ لأن وجوبها لما كان علىٰ وجه الصلة، صار كأنه وهب لها مالاً، ثم مات أحدهما: فلا يصح الرجوع فيه.

وكذلك إذا مات أحدهما: سقط ما وجب للماضي؛ لأن معنىٰ الصلة لا يصح بعد الموت، وكان كمن وهب مالاً، ولم يُقْبضه إياه، حتىٰ مات: فيبطل.

مسألة: [لزوم النفقة والسكنىٰ للمطلقة ثلاثاً]

قال: (وللمطلقة ثلاثاً السكنىٰ والنفقة، حاملاً كانت أو غير حامل حتىٰ تنقضيَ عدتها)[٢].

---

(١) شرح فتح القدير ٣٩٤/٤، وقال الإمام محمد في ظاهر الرواية: لها حصة ما مضىٰ من النفقة والكسوة، ويجب رد الباقي إن كان قائماً، وإن كان هالكاً، فلا شيء بالإجماع. انظر بدائع الصنائع ٢٢٢٨/٥.

(٢) بدائع الصنائع ٢١٩٨/٥، شرح فتح القدير ٤٠٣/٤ وما بعده.

تفصيل المسألة في المذاهب الأربعة: إن كانت المعتدة مطلقة طلاقاً رجعياً، وجبت لها النفقة بأنواعها المختلفة، من طعام، وكسوة، وسكنىٰ بالاتفاق، لأنها تعد زوجة مادامت في العدة.

وإن كانت معتدة من طلاق بائن: فإن كانت حاملاً، وجبت لها النفقة بأنواعها المختلفة بالاتفاق، وإن كانت غير حامل، وجبت لها النفقة، والسكنىٰ بأنواعها =

والدليل عليه قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه حين أنكر علىٰ فاطمة بنت قيس روايتها عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه لم يجعل لها سكنىٰ ولا نفقة، فقال عمر: «لا ندع كتاب ربِّنا، وسنة نبينا لقول امرأةٍ لعلها نسيت أو شُبِّه لها»(١).

فأخبر أنَّ وجوب النفقة والسكنىٰ مأخوذ من الكتاب والسنة.

فلما لم نجد في الكتاب ذِكْر النفقة منصوصاً للمبتوتة، ووجدنا ذِكْر السكنىٰ، علمنا أنَّ ما ذكره من السنة إنما هي في النفقة، وعلىٰ أنَّ عمومه يقتضي أن يكون في الأمرين جميعاً الكتاب والسنة.

وقد وجدنا في الكتاب لفظاً يجوز أن يكون المراد به النفقة، وهو قوله تعالىٰ: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾(٢).

وعلىٰ أنه قد روىٰ حماد بن سلمة عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي أنَّ عمر قال: «لا ندع كتاب ربنا، وسنة نبينا لقول امرأة

ـ أيضاً ـ عند الحنفية حسب التفصيل المذكور.

وعند المالكية، والشافعية: تجب لها السكنىٰ فقط، ولا تجب لها النفقة، وهي رواية في مذهب الحنابلة.

والرواية الثانية عند الحنابلة لا سكنىٰ لها، ولا نفقة، وهي ظاهر المذهب. انظر المراجع السابقة عند الحنفية، الموطأ ٢/٥٨١، بداية المجتهد ٢/٩٥، المجموع المهذب ١٨/٢٧٧، المغني والشرح الكبير ٩/٢٨٨، فتح الباري ٩/٤٧٧.

(١) ينظر صحيح مسلم ٢/١١١٨- ح١٤٨٠-٤٦.

(٢) البقرة: ٢٤١.

سمعت النبي صلىٰ الله عليه وسلم يقول: لها السكنىٰ والنفقة»[١].

فعزىٰ وجوبَها إلىٰ النبي صلىٰ الله عليه وسلم سماعاً، ونصّاً[٢].

ودليل آخر: وهو قول الله تعالىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[٣].

وذلك ينتظم الثلاث وما دونها، ثم قال في نَسَق الخطاب: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ﴾[٤]، ومعلوم أنَّ ذلك راجع إلىٰ ما دخل تحت اللفظ من البينونة وغيرها، فلما لم يكن الحمل شرطاً في غير المبتوتة في استحقاق النفقة، وإنما استحقتها[٥] لأجل كونها معتدة من طلاق، كان كذلك المبتوتة.

وأيضاً: لا تخلو الحامل المبتوتة من أن تستحق النفقة لأجل الحمل، أو لأجل كونها معتدة من الطلاق، فلو كانت استحقتها لأجل الحمل، لوجب أن يكون إذا كان للحمل مال، أن تكون النفقة في مال الحمل، فلما اتفق الجميع علىٰ أنها لا تستحق النفقة من مال الحمل، دل علىٰ أنها لم تستحقها لأجل الحمل، وإنما تستحقها لأنها معتدة من طلاق.

---

(١) شرح معاني الآثار ٣/٦٨، وهذا من مراسيل النخعي. انظر إعلاء السنن ١١/٢٩٧.

(٢) أحكام القرآن ٣/ ٤٦٠.

(٣) الطلاق: ١.

(٤) الطلاق: ٦.

(٥) في (ق.ج): «استحقاقها».

ودليل آخر: وهو اتفاقنا جميعاً علىٰ وجوب السكنىٰ[1]، وهو حق في مال، فوجبت النفقة أيضاً، قياساً عليها، من حيث هي حق في مال، فجرت مجرىٰ السكنىٰ.

وأيضاً: المعنىٰ الذي به تستحق النفقة في حال الزوجية، هو تسليم نفسها في بيت الزوج، والدليل عليه أنَّ الناشزة لا نفقة لها، لعدم التسليم، فالتي سلَّمت نفسَها في بيت الزوج لها النفقة لوجوده ، فلما كان التسليم الذي به استحقت النفقة في حال النكاح موجوداً في حال العدة، وجب أن تستحق النفقة.

فإن قال قائل: إن السكنىٰ مفارقة للنفقة في الوجوب، وليس تجب النفقة من حيث وجبت السكنىٰ، لأن براءتها من النفقة جائزة، ولا تجوز البراءة من السكنىٰ عندكم في حال العدة.

قيل له: يوجب السكنىٰ معنيان[2]:

أحدهما: كونها في المنزل.

والآخر: ما يلزم الزوج من الإسكان واستئجار الموضع إن لم يكن مالكاً.

فأما براءتها من الكون في المنزل: فغير جائز؛ لأنه حق الله تعالىٰ.

وأما من جهة المال: فجائز لها إسقاطه عن الزوج، بأن تعطيَ هي الأجرة، ولا ترجع بها علىٰ الزوج، ونحن فإنَّ كلامَنا فيما يلزم الزوج من

(١) أحكام القرآن ٣/٤٥٩.

(٢) في (ق.ج): «اعتباران».

النفقة، والسكنىٰ وإن كان في أحدهما حق لله تعالىٰ ليس في الآخر مثله.

فإن قيل: السكنىٰ التي تجب في حال البينونة، غير السكنىٰ الواجبة في حال الزوجية.

والدليل علىٰ ذلك: أنه يجوز تراضيهما في حال الزوجية علىٰ النقلـة، والخروج من المنزل، ولا يجوز خروجها في حال العدة.

قيل له: فهذا يؤكد أمر السكنىٰ في حال العـدة علـىٰ حـال الزوجيـة؛ لأنها مع ما لـزم الـزوج مـن الإسـكان، لـزم فيـه حـق لله تعـالىٰ في مَنْـع الخروج، وما تأكد به أمر السكنىٰ في العدة مـن حـق الله تعـالىٰ، لم يمنـع لزومها الزوج في ماله، كذلك لا يمنع لزوم النفقة.

فإن قيل: روت فاطمة بنت قيس أنَّ زوجها طلقها ثلاثـاً، فلـم يجعـل النبي صلىٰ الله عليه وسلم لها السكنىٰ ولا النفقة[1].

قيل له: أحد شرائط قبول أخبار الآحاد عندنا: تعرِّيها من نكير السلف علىٰ راويها، ومتىٰ كان من السلف نكير علىٰ راويها: لم يجز لنا قبولها[2].

وحديث فاطمة بنت قيس قـد أنكـره عمـر بـن الخطـاب، وعائـشة، وأسامة بن زيد، وغيرهم من علماء السلف[3].

قال عمر: «لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأةٍ لعلها نسيت أو شُبِّه

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) أحكام القرآن ٣/٤٦١.

(٣) شرح معاني الآثار ٣/٦٧.

لها، لها السكنىٰ والنفقة»[١].

وقالت عائشة: «لا خير لفاطمة بنت قيس في ذِكْر هذا الحديث»[٢].

وكان أسامة بن زيد إذا سمعها تذكر ذلك، رماها بكل شيء في يده إنكاراً عليها[٣].

وقال سعيد بن المسيب: تلك امرأة فتنت الناس ـ يعني ـ بروايتها لهذا الحديث[٤].

وذكر أبو إسحاق أنَّ الأسود بن يزيد سمع الشعبي يحدث حديث فاطمة بنت قيس في المسجد، فحَصَبَه، ثم قال: ويلك تحدِّث بمثل هذا، وقد أنكره عمر عليها[٥].

وروىٰ الزهري عن عبيد الله بن عبد الله أنَّ فاطمة بنت قيس أفتت ابنة أختها، وقد طلقها زوجها ألبتة بالانتقال من بيت زوجها، وأنكر ذلك مروان، وأرسل إلىٰ فاطمة يسألها عن ذلك، فذكرت أنَّ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أفتاها بذلك، فأنكر ذلك مروان وقال: ما سمعتُ بهذا الحديث من أحدٍ قبلك، وسآخذ بالعصمة التي وجدتُ الناس عليها.

فأخبر مروان أنَّ العصمة التي كان الناس عليها خلافُ ما روت فاطمة

---

(١) المرجع السابق.

(٢) صحيح مسلم ٢/١١٢١- ح١٤٨١.

(٣) شرح معاني الآثار ٣/٦٨.

(٤) سنن أبي داود ٢/٧٢٠-٢٢٩٦.

(٥) شرح معاني الآثار ٣/٦٧.

بنت قيس من ذلك[١].

فإن قال قائل: إنما أنكر هؤلاء عليها روايتَها في نفي السكنىٰ؛ لأنها في كتاب الله، وهو قوله: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾[٢]، وقوله: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ﴾[٣].

قيل له: أما عمر فلم يفرق بين السكنىٰ، والنفقة فيما أنكر عليها، وأخبر مع ذلك أنه سمع النبي صلىٰ الله عليه وسلم يوجبهما.

وأما عائشة، وأسامة، وغيرهما، فإنهم أنكروا جملة الخبر، ولم يفرقوا فيما أنكروا بين السكنىٰ والنفقة.

وعلىٰ أنها لا يخلو من أن يكون إخبارها عما أخبرت به من نفي السكنىٰ والنفقة صحيحاً، أو وَهْماً: فإن كانت أوهمت في ذكر السكنىٰ: فالنفقة مثلها، وإن كانت لم توهم فيه، وإنما أسقطت سكناها لعلة: فتلك العلة بعينها هي المسقطة للنفقة[٤].

والذي عندنا في ذلك أنَّ خبرها فيما أخبرت به عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم صحيح، وإنما أخطأت في معنىٰ الخبر، وهو الذي أنكره عمر، ومعنىٰ الخبر عندنا: أنَّ سبب إخراجها من بيت الزوج كان من جهتها، فصارت بمنزلة الناشزة التي تخرج من بيت الزوج، فلا تستحق

(١) أبو داود ٢/٧١٦ ـ ح٢٢٩٠، أحكام القرآن ٣/٤٦١.

(٢) الطلاق: ٦.

(٣) الطلاق: ١.

(٤) أحكام القرآن ٣/٤٦١.

سكنىٰ، ولا نفقة[١].

وقد روي عن عائشة أنَّ النبي صلىٰ الله عليه وسلم أمر فاطمة بنت قيس أن تعتدَّ في بيت ابن أم مكتوم لسوء خلقها[٢].

وقال سعيد بن المسيب: إنها استطالت علىٰ بيت أحمائها بلسانها، فأمرها بالانتقال[٣].

وروي عن عروة بن الزبير أنَّ فاطمة بنت قيس قالت: يا رسول الله! إن زوجي طلقني ثلاثاً، فأخاف أن يقتحم علي، فأمرها بالتحول»[٤].

فهذه الأخبار تدل علىٰ أنَّ سبب النقلة كان من جهتها لسوء خلقها، واستطالتها بلسانها علىٰ أحمائها[٥]، فصارت كالناشز، إذ كان سبب الخروج من جهتها، فلذلك سقطت نفقتها، وكذلك نقول فيمن خرجت من بيت زوجها في عدتها، أو كان منها سبب أوجب الخروج، لأنها لا تستحق النفقة ما دامت في غير بيت الزوج.

فإن قال قائل: فما وجه النكير عليها في روايتها عن الصحابة مع صحة هذا المعنىٰ عندكم؟

قيل له: إنما وقع النكير عليها من جهة أنها ظنت أن لا سكنىٰ للمبتوتة ولا نفقة، لأجل أنها مبتوتة، لا لمعنىٰ غيره، وتأولت قصتها علىٰ

(١) شرح فتح القدير ٣٨٢/٤.

(٢) سنن أبي داود ٧١٩/٢ ـ ح٢٢٩٤ عن سليمان بن يسار.

(٣) شرح معاني الآثار ٦٩/٣.

(٤) صحيح مسلم ١١٢١/٢- ح١٤٨٢.

(٥) انظر الفتح الرباني ٥٣/١٧.

هذا الوجه، فوقع النكير عليها من هذه الجهة.

فإن قال قائل: تخصيص الله تعالىٰ الحامل بالذكر في إيجاب النفقة لها، فيه دلالة علىٰ أن لا نفقة لغير الحامل في قوله تعالىٰ: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمۡلٖ فَأَنفِقُواْ عَلَيۡهِنَّ﴾[١].

قيل له: ليس في تخصيصه الحامل بالذكر في إيجاب النفقة لها ما ينفي وجوبها لغير الحامل؛ لأن الآية متضمنة للطلاق البائن والرجعي، وذِكْر الحمل راجع إليهما، ولم يوجب ذلك كون الحمل شرطاً في استحقاق النفقة في حال العدة من الطلاق الرجعي، فكذلك الثلاث، والبائن.

وأيضاً: فإن المخصوص بالذكر، لا يدل علىٰ أنَّ ما عداه حكمه بخلافه[٢]، نحو قوله: ﴿وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَوۡلَٰدَكُمۡ خَشۡيَةَ إِمۡلَٰقٖ﴾[٣]: لا يدل علىٰ أنَّ لنا أن نقتلهم إذا لم نخش الإملاق.

ومع ذلك فإن لذكر الحامل فائدة ليست في غيره، سوىٰ ما ادعيتَ من إسقاط النفقة لغير الحامل، وهي أنه لما كان جائزاً أن يكون الحمل ذا مال، فيشتبه علينا أمر نفقتها في حال الحمل: هل هي من مال الحمل أو علىٰ الزوج؟ أفادنا تعالىٰ بذلك أنَّ الحمل وإن كان ذا مال، فإن نفقة الأم علىٰ الزوج، وليست في مال الحمل[٤].

(١) الطلاق: ٦.

(٢) وهو ما يسمىٰ عند الأصوليين بمفهوم المخالفة.

(٣) الإسراء: ٣١.

(٤) أحكام القرآن ٣/٤٥٩.

وأيضاً: لما كانت مدة الحمل قد تطول وتقصر، وقد كان يجوز أن يتوهم أن لا نفقة لها إلا في مقدار مدة ثلاث حيض في العادة وإن كانت حاملاً، أزال الله تعالىٰ هذا الإلباس عنا، وأبان أنَّ نفقة الحامل مستحقة علىٰ الزوج مع بقاء العدة[١]، وإن طالت مدة الحمل.

قال أبو بكر: وهذا الذي قدَّمناه من الحِجَاج فإن عُظْمه علىٰ مالك[٢] والشافعي[٣]، في إيجابهما السكنىٰ للمبتوتة، دون النفقة.

* فأما ابن أبي ليلىٰ: فإنه يقول لا سكنىٰ لها ولا نفقة[٤].

وروىٰ نحو ذلك الحَجَّاج بن أرطاة عن عطاء عن ابن عباس، وهو ضعيف السند[٥].

ويُحتج فيه أيضاً بجملة حديث فاطمة بنت قيس، ويتأول في قوله: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ﴾[٦] وقوله: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾[٧]: أنه علىٰ الطلاق الرجعي؛ لأنه قال: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ

---

(١) في (ق.ج): «القدرة».

(٢) الموطأ ٢/٥٨١، بداية المجتهد ٢/٩٥.

(٣) المجموع شرح المهذب ١٨/٢٧٧، فتح الباري ٩/٤٧٧.

(٤) انظر بدائع الصنائع ٥/٢١٩٨، ٤/٢٠٣٨.

(٥) كتاب السنن لسعيد بن منصور ٢/٣٦٤، وانظر كتاب الجرح والتعديل ٣/١٥٥.

(٦) الطلاق: ١.

(٧) الطلاق: ٦.

﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾[(١)]، وقال تعالىٰ: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾[(٢)].

قال أبو بكر: ذِكْر الرجعة في هذا الموضع لا يدل علىٰ أنَّ الحكم مقصور علىٰ الرجعي دون البائن؛ لأن قوله: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[(٣)] ينتظم الأمرين جميعاً، من البائن والرجعي، وذِكْره للرجعي عقيبه هو بعض ما انتظمته الجملة، كقوله: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾[(٤)]، فذلك في الرجعي، والبائن، ثم قوله: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾[(٥)]: في الرجعي.

وكقوله: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنسَانَ بِوَالِدَيْهِ حُسْنًا﴾[(٦)]، وهو عموم في المسلمَيْن والكافرَيْن، ثم قوله: ﴿وَإِن جَاهَدَاكَ عَلَىٰ أَن تُشْرِكَ بِي﴾[(٧)] حكم خاص في الأبوين الكافرين دون المسلمين، ولم يوجب ذلك تخصيص اللفظ بدءاً في هذا الصنف دون غيره، فكذلك ما وصفنا.

---

(١) الطلاق: ٢.
(٢) الطلاق: ١.
(٣) الطلاق: ١.
(٤) البقرة: ٢٢٨.
(٥) البقرة: ٢٢٨.
(٦) العنكبوت: ٨.
(٧) لقمان: ١٥.

مسألة : [نفقة الأمة المطلقة]

قال أبو جعفر[١] : (ومَن طلق زوجته وهي أمة طلاقاً بائناً، فإن كان مولاها بوّأها بيتاً: فلها النفقة، وإن لم يبوِّئها بيتاً: فلا نفقة لها)[٢].

قال أبو بكر : قد بيَّنَّا أنَّ النفقة في هذا الباب مستَحقة بتسليمها في بيت الزوج، فإذا بوّأها المولىٰ معه بيتاً، فقد وُجِد التسليم، فاستحقت النفقة، وإن لم يبوِّئها: لم تستحق، لعدم التسليم.

ألا ترىٰ أنَّ الناشز لا نفقة لها، ولذلك لو غصبها غاصب، فمنعها من الزوج: لم يكن لها نفقة.

ولا فرق بين حال الزوجية، وحال العدة، لأن المعنىٰ الذي به تستحق النفقة في الحالين جميعاً معنىٰ واحد، وهو تسليمها في بيت الزوج[٣].

وإنما لم يُجبر المولىٰ علىٰ التبوئة في حال النكاح ولا بعده، من قِبَل أنه مالكٌ لخدمتها، وتلك الخدمة لم تستحق عليها بعقد النكاح، لأن الزوج لا يملك استخدامها، فإذا كانت الخدمة باقية في ملك المولىٰ لم تستحق عليه بالنكاح: كان له أن يستخدمها، وفي استخدامه إياها مَنْع التبوئة، وفي إيجاب التبوئة إبطال الخدمة علىٰ المولىٰ، وذلك غير جائز.

مسألة : [لزوم نفقة الأبوين علىٰ الولد]

قال : (ويُجبَر الرجل علىٰ نفقة أبويه إذا كانا محتاجين وإن لم يكونا

---

(١) مختصر الطحاوي ص٢٢٥.

(٢) المبسوط ٥/٢٠٣.

(٣) المبسوط ٥/٢٠٣.

زَمِنَيْن)[١].

وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾[٢]، وليس من المعروف تركهما جائعين مع القدرة علىٰ سد جوعتهما.

وأيضاً قال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «أنتَ ومالك لأبيك»[٣]، وعمومه يقتضي جوازَ أَخْذ مال الابن في حال اليسار والإعسار، إلا أنَّ الفقهاء متفقون علىٰ أنَّه لا يجوز له أَخْذُه بغير رضاه في حال اليسار، فخصصناه، وبقي حكم العموم في حال الإعسار في مقدار الحاجة.

مسألة: [لزوم نفقة الأولاد الصغار علىٰ الأب]

قال: (ويُجبَر علىٰ نفقة أولاده الصغار إذا كانوا فقراء)[٤].

وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾، ثم قال: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[٥]، فأوجب علىٰ الأب نفقة الرضاع.

---

(١) الهداية مع شرح فتح القدير ٤/٤١٥.

(٢) لقمان: ١٥.

(٣) سنن أبي داود ٤/٨٠٠ ـ ح٣٥٣٠، سنن ابن ماجه ٢/٣٤، وفي الزوائد: صحيح الإسناد.

(٤) شرح فتح القدير ٤/٤١٠.

(٥) البقرة: ٢٣٣.

وقال في الآيـة الأخـرىٰ: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[١]، فخـصَّ الأب بإيجاب النفقة عليه دون أحدٍ سواه.

مسألة: [نفقة الأب علىٰ البنات المحتاجات، والذكور الكبار الزَّمنىٰ]

قال أبو جعفر: (وإن كانوا كباراً محتاجين: أُجبر علىٰ نفقة الإناث منهم، ولم يُجبر علىٰ نفقة الذكور، إلا أن يكون منهم زمانةً أو عمىٰ أو نحوه، فيُجبر علىٰ نفقته)[٢].

وذلك لأنه لما ثبت وجوب نفقة الصغار عليه لعجزهم عن الكسب والتصرف، وكان الكبار الزَّمْنىٰ، والإناثُ بهذه المنزلة لعجزهم عن الكسب، صاروا في معنىٰ الصغار.

ألا ترىٰ أنَّ الصغار لو كان لهم مال: لم يُجبَر الأب علىٰ نفقتهم، لاستغنائهم عنه، فدلَّ علىٰ أنَّ نفقة الصغير ليست مستحقة لأجل الصغر، وإنما هي للحاجة، والعجزِ عن التصرف، وإذا كانوا فقراء لزِمَتْه نفقتهم لحاجتهم إليه مع العجز عن الكسب، فالكبار الزَّمْنىٰ والإناث بهذه المنزلة.

مسألة: [النفقة علىٰ كل ذي رَحِم مَحْرَم]

(ويجبر الرجل علىٰ نفقة كل ذي رَحِمٍ مَحْرَم إذا كانوا ممن يرثهم، فيراعي في صغارهم الفقر، وفي كبارهم الفقر والزمانة، وفي إناث الكبار الفقر دون الزمانة)[٣].

---

(١) الطلاق: ٦.

(٢) شرح فتح القدير ٤/ ٤١٠.

(٣) المبسوط ٥/ ٢٢٣.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: قول الله تعالىٰ: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ ۚ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾[1].

فاقتضىٰ عمومُه إيجاب نفقة الولد علىٰ كل وارث؛ لأن الوارث في هذا الموضع اسم للجنس، لدخول الألف واللام عليه.

فإن قال قائل: المعنىٰ في قوله: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾: يعني به في أن لا يضارَّهما؛ لأنه تعالىٰ قال: ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ﴾ ثم قال تعالىٰ: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾، يعني في النهي عن المضارَّة.

قيل له: هو علىٰ الأمرين جميعاً، ولا يَخرج شيء منه إلا بدليل؛ لأن لفظ العموم يقتضيه.

وعلىٰ أنَّ معنىٰ الكلام لا يستقيم لو كان المراد المضارَّة فحسب؛ لأنه لا مدخل للوارث مع الأبوين في المضارة، والوارث والأجنبي في ذلك سواء.

وأَوْجَبَ أن يكون لذِكْره الوارثَ واختصاصه به فائدة ليست في غيره، وقد ذكر الله تعالىٰ الأبوين جميعاً في الآية، وبيَّن حكم كل واحد منهما في أنه لا يضارًّا بالولد.

والمعنىٰ فيه: أنه ليس للأب أَخْذه من الأم وتسليمه إلىٰ غيرها، ولا

---

(١) البقرة: ٢٣٣.

للأم أن تغيِّبه عنه وتمنعه من رؤيته، والوقوف علىٰ أمره، والإشراف عليه، فحال المضارَّة إنما هي مع بقاء الأبوين، فلا معنىٰ لذكر الوارث فيها إلا إيجاب النفقة عليه في حال فَقْد الأب.

وأيضاً: فإن كان المراد في حال موت الأب، فلم يخص الوارث بالنهي عن المضارة إلا وهو ممن تلزمه النفقة، فنهىٰ عن المضارة فيها، ولولا ذلك لكان هو والأجنبي سواء.

فإن قال قائل: فأوجِبْها عن ابن العم إذا كان وارثاً.

قيل له: خصصناه بدلالة، وإلا فالعموم يقتضيه.

فإن قيل: فلا توجبها علىٰ الخال مع ابن العم؛ لأن ابن العم هو الوارث، والخال غير وارث.

قيل له: الخال من أهل الميراث، وإنْ كان هناك وارث أَوْلىٰ منه، فلم يخرج هو من أن يكون من أهل الميراث.

والمعنىٰ الموجب للاقتصار بالنفقة علىٰ ذي الرحم المحرم إذا كان من أهل الميراث ، دون مَن كان بخلاف هذه الصفة: اتفاقُ فقهاء الأمصار علىٰ أنَّ مولىٰ النعمة ليس عليه نفقة مولاه وإن كان وارثاً، فكذلك الزوجة ليس عليها نفقة الزوج الصغير وإن كانت وارثته[1]، فعلمنا أنَّ كونه ذا رَحِم مَحْرم شرط مع كونه من أهل الميراث في استحقاق النفقة.

ومن جهة النظر: أنَّ الأب إذا كان عبداً، لم تجب عليه النفقة، وكذلك الكافر ليس عليه نفقة أخيه المسلم، وأن الوالد المسلم تجب عليه

---

(١) أحكام القرآن ١/٤٠٩، وفي (ق): وإن كان وارثه.

نفقة ولده[١]، فعلمنا أنَّ وجوب النفقة متعلق بكونه ذا رحم مَحْرم من أهل الميراث بما دللنا عليه من سقوطها عن مولىٰ النعمة والمرأة.

مسألة : [نفقة الأقارب مع اختلاف الأديان]

قال أبو جعفر : (وإن اختلفت الأديان لم يجبر أحد منهم علىٰ نفقة أحد سواه، إلا الزوج المسلم علىٰ امرأته الكتابية، والأب الكافر علىٰ أولاده الصغار الذين صاروا مسلمين بإسلام أمهم، والرجل علىٰ أبيه الفقير المخالف له في دينه، وأمه الفقيرة مثله في القياس)[٢].

قال أبو بكر : أما وجوب النفقة عليه لزوجته الكافرة: فهو عموم الآي والسنن التي قدَّمناها، لأنه لم يفرِّق بين الكافرة والمسلمة.

ولأن المعنىٰ الذي به استحقت المسلمة النفقة موجودة في الكافرة، وهو تسليم نفسها بحق النكاح في بيت الزوج.

ولأن النفقة لما كانت مستحقة بالتسليم، كالمهر مستحق بالعقد، وهما من موجَب النكاح، ثم لم تختلف الكافرة والمسلمة في استحقاق المهر، وجب أن لا تختلفا في استحقاق النفقة.

وأيضاً: فإنها لما كانت حقاً في مال مستحقاً[٣] بسبب الزوجية: يجب في حال الغنىٰ والفقر، وصار كالمهر.

* وأما وجوبها علىٰ الكافر للولد الصغير المسلم: فلقوله تعالىٰ:

---

(١) في (ق.ج): وأن الولد المسلم تجب عليه نفقة والده.

(٢) المبسوط ٥/٢٢٦.

(٣) في الأصل: مستحق.

﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[(١)]، وقوله تعالىٰ: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[(٢)].

ولم يفرَّق في ظاهر الخطاب بين الكافر والمسلم، فهو عليهما.

وأيضاً: فإن نفقة الرضاع، لما أشبهت النفقة المستحقة بالنكاح، من جهة وجوبها للمرأة، وجب أن تجب[(٣)] علىٰ الكافر للصغير المسلم، كما وجب علىٰ المسلم للمرأة الكتابية، وأن لا يمنع اختلاف الدينين[(٤)] من وجوبها، كما لم يمنع اختلاف الدينين من وجوب نفقة النكاح.

* وأما الأب الكافر، فإنما وجبت نفقته علىٰ ابنه المسلم، لقوله تعالىٰ: ﴿وَإِن جَاهَدَاكَ عَلَىٰ أَن تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾[(٥)]، فأمر بمصاحبتهما بالمعروف في حال كفرهما، وليس من المعروف تَرْكهما جائعين مع إمكان سد جوعتهما.

وأيضاً: روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «إنما أولادكم مِن كسبكم، فكلوا مِن كَسْب أولادكم»[(٦)]، والدلالة فيه علىٰ ما وصفنا من وجهين:

---

(١) البقرة: ٢٣٣.

(٢) الطلاق: ٦.

(٣) في (ق.ج): «يكون».

(٤) في (ق.ج): «الدارين».

(٥) لقمان: ١٥.

(٦) أبو داود ٣/٨٠١ ـ ح٣٥٣٠ بمعناه.

أحدهما: عموم اللفظ في الفريقين من الكفار والمسلمين، إذ ليس معه دلالة التخصيص.

والثاني: أنَّ المعنىٰ الذي من أجله جعله كسباً للمسلم، وهو ثبوت نسبه منه بالأبوة، موجود في الكافر.

مسألة: [لا يشارك الأبَ أحدٌ في نفقته علىٰ ولده]

قال: (ولا يشاركُ الرجلَ في النفقة علىٰ ولده أحدٌ، ولا يشاركُ الولدَ أيضاً في النفقة علىٰ والده أحدٌ)[١].

فأما الأب، فإنما لم يشارَك في النفقة علىٰ ولده، لقوله تعالىٰ: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[٢]، وقال: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[٣]، فأوجب عليه النفقة دونها، بل أوجب لها لأجل الولد، فدل علىٰ أنه لا يشارَك فيها، إذ لو شورك فيها لكان بعضها عليه، وبعضها عليها.

* وإنما لم يشاركِ الولدَ غيرُه في النفقة علىٰ والده، لقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «أنت ومالك لأبيك»[٤]، فأضاف المال إليه.

وكما لم تجب نفقته علىٰ غيره إذا كان له مال، كذلك مال ابنه كماله، فلا تجب نفقته علىٰ غيره.

---

(١) رد المختار بحاشية ابن عابدين ٣/٦١٤.

(٢) البقرة: ٢٣٣.

(٣) الطلاق: ٦.

(٤) سبق تخريجه.

مسألة : [وجوب نفقة الصغار علىٰ أبيهم ولو كان فقيراً]

قال : (ولا يُجبر فقيرٌ علىٰ نفقة أحد إلا الأب علىٰ ولده الصغار، وعلىٰ زوجته، وأمه الفقيرة)[١].

فأما نفقته علىٰ ولده الصغار، فإنها تشبه نفقة الزوجة من الوجه الذي ذكرنا، وهو أنَّ الله تعالىٰ أوجب نفقة الرضاع لها عليه[٢]، كما أوجب لها نفقة الزوجية.

فلما كان الفقير مجبراً علىٰ نفقة زوجته، وَجَبَ أن يُجبر علىٰ نفقة ولده الصغار، ويجبر علىٰ نفقة الزوجة مع الفقر؛ لأن ذلك بمنزلة الدَّيْن، وسائر حقوق الآدميين، التي لا تختلف فيها حال الإعسار واليسار، ألا ترىٰ أنه يجبر علىٰ نفقتها وإن كانت موسرة.

ولقول الله تعالىٰ: ﴿وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ﴾[٣]، وهذا يدل علىٰ وجوب نفقة الزوجة والولد الصغير في حال الفقر؛ لأن هذه نفقة الرضاع، وهي لها.

وقوله: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[٤]: يدل أيضاً علىٰ نفقة الولد الصغير في حال الفقر؛ لأنه لم يفرق بين الغنىٰ والفقر.

ويدل علىٰ وجوبها للزوجة: قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «ولهن

---

(١) شرح فتح القدير ٤/٤١٠.

(٢) أحكام القرآن ١/٤٠٣.

(٣) الطلاق: ٧.

(٤) الطلاق: ٦.

عليكم نفقتهن وكسوتهن بالمعروف»[١]، ولم يفرِّق بين حال الإعسار واليسار.

[وجوب نفقة الأم علىٰ ولدها ولو كان فقيراً]

وأما نفقة الأم، فإنها لزمته في حال الفقر، لقوله تعالىٰ: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾[٢]، ولم يفرِّق بين حال الفقر والغنىٰ، فإذا أمكنه سدُّ جَوْعتها، لزمه ذلك.

[وجوب نفقة الأب الزَّمِن علىٰ ولده ولو كان فقيراً]

وأما الابن، فإنه لا يجبر في حال الفقر علىٰ نفقة أبيه إذا كان سليماً لا زمانة به؛ لأنه يمكنه السعي للكسب والنفقة علىٰ نفسه، كما يسعىٰ الابن الكبير، والأم ليست كذلك، إذ ليس لها نهوضٌ لكسب.

فإن كان الأب زَمِناً لا يقدر علىٰ الكسب: أُجبر الابن علىٰ أن يُدْخله في نفقته وكَسْبه[٣]، كما قلنا في الأم.

مسألة: [لزوم نفقة الصبي والأب المعسِرَيْن علىٰ الأم الموسرة]

قال: (وإن كان الصبي معسِراً وأبوه معسراً، وأمه موسرة: فإن الأم تؤمر بالنفقة عليه، ويكون ذلك دَيْناً لها علىٰ الأب)[٤].

وذلك لأن الأب لما لم يُشارك في النفقة، لم تجب نفقته علىٰ غيره؛

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) لقمان: ١٥.

(٣) بدائع الصنائع ٥/٢٢٤٣.

(٤) بدائع الصنائع ٥/٢٢٣٥.

لأن الأب تلزمه نفقة الصغير في حال الإعسار واليسار، فإذا لم يقدر عليها، لم تسقط عنه، كما لا تسقط نفقة الزوجة بالإعسار، بل تفرض عليه، وتستدين عليه، فتنفق علىٰ نفسها.

وإنما أُمرت هي بالنفقة[١]، لأنها موسرة، وهي التي تلزمها نفقته إذا لم يكن أب.

[مسألة: نفقة الصبي الفقير وأمه موسرة وأبوه ميت وجدُّه موسر]

قال: (وإذا كان الصبي فقيراً، وله أم موسرة، وأبوه ميت، وجدُّه موسر: فإن النفقة عليهما علىٰ قدر موارثتهما منه لو توفي)[٢].

قال أبو بكر: وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾[٣]، فلما كانت النفقة مستَحَقَّة بالميراث، كانت علىٰ قَدْر المواريث، ألا ترىٰ أنَّ مَن ليس من أهل الميراث: لا تلزمه النفقة.

* **قال**: (وكذلك يشاركها في نفقة الصغير العمُّ، وسائر العصبات سواء معها، وليس أحد منهم كالأب)[٤].

لأن الله تعالىٰ أفرد[٥] الأب بإيجاب النفقة عليه دون سائر الورَّاث.

قال: (وإن كان له خال وابن عم: فالنفقة علىٰ الخال؛ لأنه من أهل

---

(١) أي علىٰ الصبي المعسِر.

(٢) الهداية مع شرح فتح القدير ٤/٤٢١.

(٣) البقرة: ٢٣٣.

(٤) الهداية مع شرح فتح القدير ٤/٤٢٢.

(٥) في (ق.ج) «أمر».

الميراث ذو رَحِم مَحْرَم، وابن العم وإن كان وارثاً في هذه الحال، فإنه ليس بذي رَحِم مَحْرَم)[١].

وقد بيَّنَّا قبل ذلك أنها لا تُستحق بالميراث وحده، دون كونه ذا رَحِمٍ محرم.

مسألة : [لزوم نفقة الرجل الزَّمِن علىٰ أخيه إن لم يكن ولد]

قال : (وإذا كان الرجل زَمِناً معسِراً، وله ابنةٌ معسرة، وله ثلاثة إخوة متفرقين[٢]: فإن نفقته علىٰ أخيه لأبيه وأمه خاصة، دون إخوته الآخرين)[٣].

قال أبو بكر : وذلك لأنه لو مات: ورثه أخوه لأبيه وأمه مع ابنته، دون الأخوين.

والابنة المعسرة ليس عليها نفقة الأب؛ لأنها معسرة، ولا تَقْدِر علىٰ الكسب، وليست في هذا الوجه كالابن الفقير يُجْبَر علىٰ نفقة أبيه الزَّمِن إذا كان ممن يكتسب.

فإن كان الابن زَمِناً لم يُجْبر عليها.

* **قال** : (ونفقة الابنة في مسألتنا علىٰ عمها أخي أبيها لأبيه وأمه خاصة، دون عمَّيْها الآخرين)[٤].

---

(١) بدائع الصنائع ٥/٢٢٣٧.

(٢) في (ق.ج): «متفرقون».

(٣) المصدر السابق.

(٤) المبسوط ٥/٢٢٧، بدائع الصنائع ٥/٢٢٣٨.

وذلك لأن الأب لما كان معسراً، كان بمنزلة الميت، ولو كان ميتاً كان الذي يرثها عمها لأبيها وأمها، دون الآخرَيْن.

[مسألة :]

قال أبو جعفر : (ولو كان مكانَ الابنة ابنٌ زَمِنٌ فقير[1] : كانت نفقة الأب علىٰ أخيه لأبيه وأمه، وعلىٰ أخيه لأمه، علىٰ ستة أسهمٍ: علىٰ أخيه لأبيه وأمه من ذلك خمسة، وعلىٰ أخيه لأمه واحد).

وذلك لأن الابن[2] لما حَجَبَهم جميعاً عن الميراث، جُعِل كالميت، ولو كان الابن ميتاً: كان ميراث الأب بين أخويه اللذَيْن ذكرنا علىٰ ستة.

[مسألة :]

قال : (ونفقة الابن علىٰ عمه أخي أبيه لأبيه وأمه خاصة، دون عمَّيْه الآخرين)[3].

وذلك لأن الابن[4] لما كان يحجبهم: كان كالميت، ولو كان ميتاً: لاستحق ميراث الابن عمه لأبيه وأمه، دون الآخرين.

مسألة : [وجوب نفقة الرجل علىٰ الابن الموسر دون الأب الموسر]

قال : (وإذا كان الرجل زَمِناً فقيراً، وله أب موسر، وابنٌ موسر:

---

(١) في (ق.ج): «ابنان معاً فقراء».

(٢) في الأصل: «الأب»، والمثبت من (ق.ج).

(٣) بدائع الصنائع ٥/٢٢٤٣.

(٤) في الأصل: «الأب».

فنفقته علىٰ الابن، دون الأب)[١].

وذلك لقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «أنت ومالك لأبيك»[٢].

فإذا كان مال الابن كمالِ الأب، صار الأب غنياً بمال الابن، فلا تجب نفقته علىٰ أبيه.

* * * * *

(١) المصدر السابق ٥/٢٢٢٤.

(٢) سبق تخريجه.

بـاب أحكام المطلقات في عِدَّتهن في النفقة والسكنى

مسألة : [وجوب النفقة والسكنىٰ للمطلقة في العدة]

قال أبو جعفر[(١)] : (وللمطلقة السكنىٰ والنفقة ما دامت في العِدَّة، حاملاً كانت أو غير حامل).

وقال أبو بكر : قد بيَّنَّا هذه المسألة فيما سلف[(٢)].

* **قال** : (وسواء كانت مسلمة أو كافرة).

وذلك لأن جميع ما قدَّمنا من الدلائل في إيجاب نفقة العدة، لا يفرق بين نفقة الكافرة والمسلمة، وكما لم تختلف الكافرة والمسلمة في نفقة النكاح، وجب أن لا تختلفا في نفقة العدة؛ لأنها مستحقة في الحالين بعقد النكاح.

مسألة : [نفقة المفارقة لزوجها بحق]

قال : (وكل فرقة جاءت من قِبَلها بغير معصية، نحو خيار البلوغ، واختيار المخيَّرة نفسَها، وخيار العِتْق: فإنها لا تبطل نفقتها)[(٣)].

لأنها مَنَعَت نفسها منه بحق، فأشبهت المرأة تمنع نفسها من الزوج

(١) مختصر الطحاوي ص٢٢٥.

(٢) قريباً في باب النفقات.

(٣) شرح فتح القدير ٤/٤٠٨.

لاستيفاء المهر، فلا تسقط نفقتها.

مسألة : [نفقة المفارقة لزوجها بغير حق]

قال : (وكل فرقة جاءت من قِبَلها بمعصية: فلا نفقة لها فيها).

والأصل فيه: الناشزة لما كان مَنْعُ نفسها بمعصية: لم تـستحق النفقـة، كذلك كل فرقة إذا كانت من قِبَلها بمعصية، نحو الردة، وتقبيل ابن الزوج لشهوة.

* **قال :** (ولها السكنىٰ في جميع ذلك حتىٰ تنقضيَ عدتها).

وذلك لأن السكنىٰ في العدة حق الله تعالىٰ، لا تصح البراءة منه، فـلا تسقط بمَنْعها نفسها من الزوج.

مسألة : [لا نفقة ولا سكنىٰ للمعتدة من نكاح فاسد]

قال : (وكل عدة وجبت من نكاح فاسد: فلا سكنىٰ لها ولا نفقة.

وكذلك أم الولد إذا أعتقها مولاها، أو عَتَقَت بموته)[1].

وذلك لما بيَّنَّا أنَّ النفقة مستَحَقة بتسليم نفـسها في بيـت الـزوج، وأن وجوبها متعلِّق بوجوب السكنىٰ، فإذا لم تجب الـسكنىٰ لم تجـب النفقـة، والنكاح الفاسد لم يَستحق بـه تـسليم نفـسها في بيتـه، ولا اسـتحقت بـه السكنىٰ، كذلك في العدة؛ لأن حال العدة ليست بآكد من حال النكاح في استحقاق النفقة، فإذا لم تستحقها في حال النكاح، لم تـستحقها في حـال العدة.

فإن قال قائل: قولك إن اسـتحقاق النفقـة متعلـق بوجـوب الـسكنىٰ،

---

(١) شرح فتح القدير ٤/٤٠٨.

منتقض علىٰ أصلك؛ لأنك توجب السكنىٰ للتي جاءت الفرقة من قِبَلها بمعصية، نحو تقبيل ابن الزوج، والردة، ولا توجب لها النفقة.

قيل له: هذا غلط؛ لأنا قلنا إن وجوب النفقة متعلق بوجوب السكنىٰ، والتي جاءت الفرقة من جهتها بمعصية، قد وجبت لها النفقة، إلا أنها أسقطتها بمنعها نفسها، وهي مما تصح البراءة منها، فصارت كأنها وجبت لها، فأبرأته منها.

وأما السكنىٰ، فلا تصح البراءة منها، فلذلك ثبتت، ولم تسقط بمنعها نفسها.

فصل: [نفقة أم الولد بعد العتق]

قال أحمد: وأما أم الولد إذا أُعتقت، فإنما لم تجب لها نفقة[1] من قِبَل أنَّ عدتها واجبةٌ عن[2] الوطء، فأشبهت العدة من النكاح الفاسد، إذ كانت واجبة عن الوطء، فلم تجب لها نفقة، كما لم تجب للمعتدة من نكاح فاسد.

وأيضاً: فإنها إذا لم تستحق السكنىٰ، لم تستحق النفقة، إذ كان وجوب النفقة متعلقاً بوجوب السكنىٰ.

وأيضاً: فإن فراش الملك لم تستحق به النفقة، فالعدة منه أحرىٰ أن لا تستحق بها.

فإن قيل: فراش الملك تستحق به النفقة؛ لأن نفقة أم الولد واجبة علىٰ

---

(١) المبسوط ٥/٢٠٦.

(٢) في (ق.ج): بحق.

مولاها في حال بقاء فراشها.

قيل له: لم تستحقها بالفراش، وإنما استحقتها بالملك، ألا ترىٰ أنها لو لم يكن لها فراش الاستيلاد، وكانت أمة غير أم الولد: لا تستحق النفقة.

وليست هذه[١] من نفقة العدة في شيء، ألا ترىٰ أنَّ نفقة النكاح من نفقة العدة، فتستحقها المرأة علىٰ جهة إيجاب فرضها علىٰ الزوج، وتصير دَيْناً عليه بعد الفرض بمرور الأوقات، وأن الأمة لا يثبت لها ذلك علىٰ جهة الفرض، ولا تصير دَيْناً علىٰ المولىٰ بحال، فعُلم أنَّ النفقة المستحقة في حال الملك، ليست هي النفقة المستحقة بالفراش والزوجية، والعدة.

مسألة: [لا نفقة ولاسكنىٰ للمتوفىٰ عنها زوجها]

قال أبو جعفر: (ولا سكنىٰ ولا نفقة للمتوفىٰ عنها زوجها في مال الزوج، حاملاً كانت أو غير حامل)[٢].

قال أبو بكر: أما إذا كانت غير حامل، فلا خلاف أنه لا نفقة لها في مال الزوج، قال الله تعالىٰ: ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾[٣]، فجعل نفقتها علىٰ نفسها.

* واختلف السلف[٤] في نفقتها إذا كانت حاملاً[٥]:

(١) أي هذه النفقة المستحقة.

(٢) الهداية مع شرح فتح القدير ٤/٤٠٥.

(٣) البقرة: ٢٣٤.

(٤) في الأصل: «الناس»، والمثبت من (ق.ج).

(٥) أحكام القرآن ١/٤٢١، البناية شرح الهداية ٤/٨٩٦.

فقال ابن مسعود، وابـن عمـر، وشـريح، وأبـو العاليـة، وإبـراهيم، والشعبي: نفقتها من جميع الميراث[١].

وقال ابن عباس، وابن الـزبير، وجـابر، وسـعيد بـن المسيب، والحسن، وعطـاء: لا نفقـة لهـا في مـال الـزوج، بـل نفقتـها علـىٰ نفسها[٢].

والنظر يدل علىٰ ذلك؛ لأنهم اتفقوا علىٰ أنَّ غير الحامل لا نفقة لهـا، فالحامل مثلها؛ لأن حكم الحامل والحائل لا يختلـف عنـدنا في وجـوب النفقة.

وأيضاً: فإن النفقة الواجبة في المستقبل غـير مـستَحَقة بعقـد النكـاح، وإنما تُستحق حالاً فحالاً، وقد زال ملك الميت بـالموت إلىٰ ورثتـه، فـلا تجب لها نفقة في مال غير الزوج.

وليست النفقة كالديون الواجبة في حـال الحيـاة؛ لأن وجـوب الـدَّيْن يمنع الميراث، والنفقة لم تكن واجبة في حال الحيـاة، فتمنـع المـيراث، إنما نريد إيجابها بعد الموت في حالٍ قد استحقه غيره.

وأيضاً: لا تخلو هذه النفقـة مـن أن يتعلـق وجوبهـا بالحمـل، لأجـل العدة، أو لأجل الولد:

فإن كان لأجل الولد: فالواجب أن تكون في نصيب الولد، ولا تكـون في جميع الميراث، كما تجب بعد الوضع.

---

(١) مصنف ابن أبي شيبة ٥/٢٠٧.

(٢) المصدر السابق ٥/٢٠٦.

وإن كانت واجبة لأجل العدة: فالواجب أن تستحقها وإن لم تكن حاملاً بوجود العدة، فلما بطل ذلك، صح قولنا، وبطل ما سواه.

مسألة:

قال: (ومَن طلَّق امرأته، فأنفق عليها في عِدَّتها حتىٰ مضىٰ أكثرُ من حولين، ثم جاءت بولدٍ، فإن أبا حنيفة ومحمد قالا: تردُّ علىٰ الزوج نفقة ستة أشهر مما كانت أخذت، وقال أبو يوسف: لا تردُّ شيئاً)[1].

فأما أبو حنيفة، فإنه ذهب في ذلك إلىٰ أنا قد علمنا أنَّ هذا الولد من غير الزوج؛ لأنه عن حمل حادث بعد البينونة، فلا يلحق الزوج، إذ لم تكن فراشاً في تلك الحال، فحمل أبو حنيفة أمرها علىٰ الصحة والجواز، ولم يحمل أمرها علىٰ أنها جاءت به من الزنىٰ، ولكنه جعلها كأنها تزوجت منذ ستة أشهر، وحملت من ستة أشهر[2].

وحُكْمُنا عليها بذلك إقرار منها بأن عدتها قد كانت انقضت قبل ذلك بستة أشهر؛ لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر، وذلك يتضمن إقراراً منها، فإنها قد أخذت نفقة ستة أشهر بغير استحقاق، فعليها أن تردَّها.

* والمسألة مبنية علىٰ أنَّ الطلاق بائن، ولو كان الطلاق رجعياً، لكان حدوث الحمل في العدة رجعة؛ لأنه محكوم بأن الولد من وطئه؛ لبقاء الفراش.

* وذهب أبو يوسف إلىٰ أنه لما لم نعلمها تزوجت، ولم يحصل منها إقرار قبل ذلك بانقضاء العدة، والعدة كانت باقية إلىٰ أن وضعت: فلم

---

(١) بدائع الصنائع ٥/٢٢٠٣.

(٢) في الأصل: «وحملت من الزوج الثاني»، والمثبت من (ق.ج).

يكن[١] عليها ردُّ شيء مما أخذت.

* * * * *

(١) في (ق.ج): لم يجب.

باب الحضانة

مسألة : [الأم أحق بالحضانة]

قال أبو جعفر(١) : (وإذا بانت المرأة من زوجها، ولها منه ولد صغير: فإن الأم أحق بحضانته)(٢).

قال أبو بكر : والأصل فيه: قول الله تعالىٰ: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾، ثم قال: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾(٣)، فأوجب علىٰ الزوج لهن النفقة، وجعلهن أَوْلَىٰ بإمساكهم منه.

وقال الله تعالىٰ في آية أخرىٰ: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾(٤).

وقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم للأم: «أنتِ أحقُّ به ما لم تزوجي»(٥)، يعني: بالولد الصغير.

ومن جهة النظر: أنَّ أحداً لا يستحق الولاية علىٰ الصغير فيما يضرُّ بالصغير، ألا ترىٰ أنَّ الأب لا تجوز هبته لمال الصغير، ولا بيع ماله بأقلَّ

---

(١) مختصر الطحاوي ص٢٢٦.

(٢) البناية شرح الهداية ٤/٨٣٦.

(٣) البقرة:٢٣٣.

(٤) الطلاق: ٦.

(٥) سنن أبي داود ٢/٢٠٧، نصب الراية ٣/٢٦٥.

من القيمة بما لا يَتغابن الناس فيه.

وإذا كان كذلك، فالأحوط للصغير، والأنفع لـه أن يكـون عنـد الأم؛ لأنها أحنىٰ عليه، وأرفق به، وأحرىٰ بأن تُشفق عليـه، وفي التفريـق بينـه وبين الأم ضرر عليه.

وإذا كان كذلك لم يكن للأب ولاية في إمساكه وحضانته مع الأم، وكانت الأم أَوْلىٰ به لحقِّ الصغير.

مسألة: [ترتيب الأحق بالحضانة]

قال أبو جعفر: (ثم الجدة التي من قِبَل الأم، ثم الجدة من قِبَل الأب، ثم الأخت من الأب والأم، ثم الأخت من قِبَل الأم، ثم الخالة، ثم الأخت من الأب، ثم العمة)[١].

قال أبو بكر: وروىٰ بشر بن الوليد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنَّ الأخت من الأب أَوْلىٰ من الخالة، وهو أيضاً قول زفر[٢].

ووجهه: أنها أقرب إلىٰ الصبي من الخالة.

والأصل في هذه المسائل: أنَّ الأم لما كانت أَوْلىٰ بولاية الحضانة من الأب، وجب أن يكون مَن كان جهة الأم أقرب إلىٰ الصبي، فهو أَوْلىٰ بالولاية منه، فكانت الجدة من قِبَل الأم أَوْلىٰ من الجدة من قِبَل الأب، لأن لها وِلاداً من جهة الأم، فكانت أَوْلىٰ.

---

(١) الهداية مع البناية ٤/٨٣٨.

(٢) بدائع الصنائع ٥/٢٢٥٥، وهذا النص عن أبي يوسف عن أبي حنيفة سيكرر في المخطوطة بعد صفحة، فلا أدري هل هو من تكرار المصنف أو من النسَّاخ؟

ثم الجدة من قِبَل الأب أَوْلىٰ من الأخت؛ لأن لها وِلاداً، وهذه الولاية مستحقة بالوِلاد في الأصل، فمَن لها وِلادٌ فهي أحق بالحضانة ممن لا ولاد له.

وأيضاً: فإن الجدة[1] بمنزلة الأم، كما أنَّ الجد بمنزلة الأب في الولاية علىٰ الصغير.

ولا حقَّ للأخ والأخت في الولاية مع الجد، ولأن الجدة أحنىٰ علىٰ الصبي، وأشفق عليه من الأخت فيما جرت به العادة.

ثم بعد الجدتين: الأخت من الأب والأم؛ لأنها أقرب إلىٰ الصغيرة، ولها قرابة من وجهين: من أب وأم جميعاً.

ثم الأخت من قِبَل الأم؛ لأن هذه الولاية مستحقة من جهة الأم، فمَن كانت قرابتها من جهة الأم، فهي أَوْلىٰ.

ثم الخالة أَوْلىٰ من الأخت من الأب؛ لأن قرابتها من جهة الأم وإن كانت أبعد من الأب، لما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «الخالة والدة»[2].

وجعلها أحقَّ بالولد في قضية ابنة حمزة رضي الله عنه ، لما اختصم علي، وجعفر، وزيد بن حارثة في بنت حمزة بن عبد المطلب، فقال علي: هي ابنة عمي، وقال جعفر: هي بنت عمي، وخالتها عندي، وقال زيد: هي ابنة أخي، آخيت بيني وبين حمزة، فقال النبي صلىٰ الله عليه

---

(١) المبسوط ٥/ ٢١٠.

(٢) ينظر التلخيص الحبير ٤/ ١٢، وسيأتي بعد قليل بلفظ آخر في صحيح البخاري.

وسلم: «ادفعوها إلىٰ خالتها، فإن الخالة بمنزلة الأم»[(١)].

* ورویٰ بشر بن الوليد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنَّ الأخت من الأب أوْلىٰ من الخالة، وهو أيضاً قول زفر.

ثم الأخت من الأب أوْلىٰ من العمة؛ لأن قربهما جميعاً من قِبَل الأب، والأخت أقرب.

مسألة: [مدة حضانة الأم والجدة بالنسبة للصبي والجارية]

قال: (والأم والجدَّتان أحق بالغلام حتىٰ يستغنيَ ويأكل وحده، ويشرب وحده، ويَلبَس وحده، وبالجارية حتىٰ تحيض)[(٢)].

قال أبو بكر: الأصل في ذلك أنَّ الولاية المستحقة بالوِلاد علىٰ الصغير لا تزول إلا بالبلوغ، إلا فيما كان فيه ضرر علىٰ الصغير، فلا تُستحق حينئذ إلا[(٣)] بعد الولاية عليه.

فأما الأم والجدتان فقد استحققن هذه الولاية بالوِلاد، فوجب أن لا تزول إلا بالبلوغ، كالأب والجد لما استحقا الولاية علىٰ الصغير بالوِلاد، لم تزل ولايتهما إلا بالبلوغ، فكذلك قلنا إن حق الحضانة ثابت للأم والجدتين في الجارية إلىٰ أن تحيض[(٤)].

---

(١) صحيح البخاري ٨٥/٥، سنن الترمذي ٣١٣/٤، سنن أبي داود ٧٠٩/٢ ـ ح٢٢٧٨.

(٢) الهداية مع شرح فتح القدير ٣٧١/٤.

(٣) «إلا»: ساقطة من الأصل.

(٤) بدائع الصنائع ٢٢٥٧/٥.

وأما الغلام فإن في بقائه عندهن ضرراً عليه إذا عقل؛ لأنه يتخلق بأخلاق النساء، وينشأ علىٰ آدابهن، فلم يكن لهن عليه ولاية إذا بلغ[١] أن يأكل وحده ويشرب وحده، لأنه قد بلغ حال قبول التأديب، فكان الأب أَوْلىٰ به لتأديبه وتعليمه، وقد بيَّنَّا أنه لا ولاية لأحد علىٰ الصغير فيما فيه ضرر عليه، فلذلك زالت ولايتهن.

فإن قال قائل: هلا خيَّرت الغلام؟ لما روىٰ زياد بن سعد عن هلال بن أسامة عن سليم أبي ميمونة عن أبي هريرة أنَّ رجلاً طلق امرأته، واختصما في ابنها منه، فقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «يا غلام هذه أمك، وهذا أبوك، فاختَرْ أيَّهما شئت، فأخذ الغلام بيد أمه»[٢].

قيل له: يجوز أن يكون الغلام قد كان بلغ، ويدل عليه ما ذُكر في هذا الحديث أنها قالت: يا رسول الله! إنه يريد أن ينزع ابني مني، وقد نفعني وسقاني من بئر أبي عنبة[٣].

وقد روي أنَّ علياً خيَّر غلاماً قد بلغ، وقال لأخ له صغير: لو قد بلغ هذا أيضاً خيَّرناه[٤].

وروي أنَّ عمر بن الخطاب خاصم أمَّ عاصم في عاصم إلىٰ أبي بكر، **فقال أبو بكر**: هو لها ما لم تتزوج، أو يكبر فيختار لنفسه، وقال: هي

---

(١) أي إذا صار بحيث يأكل وحده، ويشرب وحده.

(٢) سنن أبي داود ٧٠٨/٢ ـ ح٢٢٧٧ بمعناه، سنن الترمذي: ٦٣٨/٣، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٣) المراجع السابقة.

(٤) السنن الكبرىٰ ٤/٨، التلخيص الحبير ١٣/٤.

أعطف عليه وأحنىٰ وأرحم[١].

مسألة : [مدة حضانة الأخوات والخالات]

قال : (وأما الأخوات والخالات والعمات فهن أحق بالغلام والجارية حتىٰ يستغنيا، فيأكلا وحدَهما ويَلبَسا وحدهما)[٢].

لأن كل واحدة من هؤلاء لم تستحق الولاية من جهة الوِلاد، وإنما ثبت[٣] لها ذلك ما دام الصغير يحتاج إلىٰ الحضانة، فإذا استغنىٰ عنها، فلا ولاية لها.

مسألة : [حضانة المجوسية والنصرانية واليهودية]

قال : (والمجوسية، واليهودية، والنصرانية في ذلك بمنزلة المسلمة)[٤].

وذلك لأن هذا لا يخلو من أن يكون من حق المرأة، أو من حق الصغير، وأيهما كان، لم يختلف فيه حكم المسلم، والذمي.

مسألة : [حق أم الولد في الحضانة]

قال : (وأم الولد إذا مات عنها سيدها بمنزلة الحرة المسلمة).

---

(١) السنن الكبرىٰ ٥/٨، تلخيص الحبير ٤/١١.

(٢) بدائع الصنائع ٥/٢٢٥٨.

(٣) في (ق.ج) جاءت هذه العبارة علىٰ النحو التالي: (وذلك لأنهن لم يستحققن هذه الولاية بالوِلاد، فإنما لهن الولاية في ذلك مادام الصغير محتاجاً إلىٰ حضانة، فإذا استغنىٰ عنهما، فلا ولاية لهن).

(٤) المصدر السابق.

وذلك لأنها قد ملكت أمر نفسها بالحرية، فلم تختلف وسائر الحرائر في حق الحضانة[١].

مسألة: **[حق الحضانة بعد التزوج]**

قال: (ومَن تزوجت من هؤلاء: فلا حق لها في الحضانة، وكانت بمنزلة الميِّتَة)[٢].

وذلك لأن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال لأم الصغير حين خاصمت زوجها: «أنتِ أحق به ما لم تزوَّجي»[٣].

رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم.

ومن جهة النظر: إن في كونه عند الأم ضرراً عليه إذا كان لها زوج؛ لأنه يكون في جَفاء، وقلة نظر، ولا ولاية لها عليه فيما يضرُّ به.

مسألة: **[الأب أحق بالأولاد بعد مدة الحضانة]**

قال: (وإذا استغنىٰ الغلام أو الجارية، وخرجا من الحضانة: فالأب أحق بهما بغير تخييرٍ للغلام والجارية).

وذلك لأنه لا قول لهما في حال الصغر، واختيارهما كلا اختيار، ألا ترىٰ أنهما لا قول لهما في سائر الأحكام[٤]، فكذلك في اختيار أحد الأبوين.

---

(١) المصدر السابق.

(٢) الهداية مع شرح فتح القدير ٤/ ٣٧٠.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) في الأصل: «الأشياء»، والمثبت من (ق.ج).

وأما ما رواه زياد بن سعد عن هلال بن أسامة عن سليم أبي ميمونة عن أبي هريرة أنَّ امرأة قالت: يا رسول الله! زوجي يريد أن يذهب بابني، وقد نفعني، وسقاني من بئر أبي عنبة، فخيَّر النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم الغلام، فاختار أمه[1].

فإن معناه عندنا: أنَّ الغلام كان بالغاً، ودلَّ عليه أنها قالت: قد نفعني وسقاني من بئر أبي عنبة.

وروي عن أبي بكر الصديق أنه قال: «هو لها ما لم تتزوج، أو يكبر فيختار لنفسه، وقال: هي أعطف عليه، وأحنىٰ وأرحم.

مسألة: [زواج الأم من ذي رحم محرم من الصبي]

قال أبو جعفر: (ولا يُحرم أحد ممن ذكرنا الحضانةَ بزوجٍ ذي رَحِم مَحْرم من الصبي والصبية في شيء مما ذكرناه)[2].

قال أبو بكر: هذا لا نعرفه من مذهب القوم، بل المشهور من قولهم، وما دوَّنوه في كتبهم: أنَّ كل واحدة من هؤلاء، إذا كان لها زوج، فلا حقَّ لها في الحضانة إلا الجدة[3]، فإن لها حق الحضانة إذا كان زوجها جدَّ الصبي، ولم يذكروا معه سائر ذوي الرحم المحرم إذا كان زوجَ مَن لها الحضانة.

وعسىٰ أن يكون أبو جعفر قاس سائر ذوي الرحم المحرم علىٰ جدِّ

---

(١) سنن أبي داود ٢/٧٠٨ ـ ح٢٢٧٧، السنن الكبرىٰ ٨/٥٣.

(٢) بدائع الصنائع ٥/٢٢٥٦.

(٣) في الأصل: «المرأة»، والمثبت من (ق.ج).

الصبي إذا كان زوجَ الجدة.

مسألة : [انتقال الولد إلىٰ بلد آخر في الحضانة]

قال أبو جعفر : (وإن أرادت المطلَّقةُ الحرة أن تنتقل بولدها إلىٰ بلد غير البلد الذي طُلِّقت فيه، فتحضنَ الولدَ هناك، فإن كان عَقْدُ نكاحها هناك: كان لها ذلك، وإن وقع النكاح في بلد آخر: فليس لها ذلك، وإنما نظر في هذا إلىٰ عُقْدة النكاح أين وقعت، لا إلىٰ ما سوىٰ ذلك)[1].

قال أبو بكر : هذا الإطلاق في اعتبار عُقْدة النكاح غير صحيح، وقد أطلق محمد في الجامع الصغير[2] لفظاً يشبه هذا، وربما أشكل علىٰ مَن حَمَله علىٰ ظاهره.

والصحيح من قولهم: ما ذكره محمد في كتاب الطلاق، وهو: أنه ليس لها أن تُخرجهم من البلد الذي طلَّقها فيه، إلا إلىٰ بلدها إذا كانت عقدة النكاح فيه، وليس لها أن تخرجهم إلىٰ بلد غير بلدها وإن وقعت فيه عقدة النكاح، ولا إلىٰ بلدها إذا لم تقع فيه عقدة النكاح[3].

والأصل في ذلك: أنَّ في الاغتراب بالأولاد ضرراً عليهم، فليس لها أن تفعل ذلك، إلا أن يكون عقد النكاح وقع في بلدها، فلها أن تخرج بهم إليه، وذلك لأن وطنها في ذلك الموضع إنما استحق عليها بعقد النكاح، فمتىٰ ارتفع العقد عاد حكم وطنها الذي كانت فيه علىٰ ما كان عليه؛ لأن الزوج إنما استحق إخراجها عن وطنها بالعقد، فإذا ارتفع

---

(١) بدائع الصنائع ٥/٢٢٦١.

(٢) الجامع الصغير ص٣٣٧.

(٣) شرح فتح القدير ٤/٣٧٥.

العقد، فلها أن ترجع إلىٰ بلدها بالأولاد، لزوال المعنىٰ الذي من أجله استحق عليها الكون هناك.

كما أنها لو أخرجت الأولاد بعد الطلاق من بلدها، كان لها أن تردهم إلىٰ بلدها، لأن فيه[1] رداً للأولاد إلىٰ وطنها، وليس فيه اغتراب بالأولاد.

* وأما إذا لم يكن عقد النكاح في بلدها: فليس لها أن تخرجهم إلىٰ بلدها، ولا إلىٰ غيره؛ لأنها لم تستحق عليه الكون في[2] بلدها بعقد النكاح، إذ قد كانت في غير بلدها قبل العقد، فصار بلدها وغير بلدها سواء في حق الأولاد، ومَنْعِها إخراجهم إلىٰ شيء من البلدان.

مسألة: [انتقال الأم بالولد إلىٰ قرية أخرىٰ]

قال أبو جعفر: (وإن كان تزوجها في قرية، فأرادت أن تنقلهم إلىٰ قرية أخرىٰ، فإن أمكن أباهم أن يُلمَّ بهم، ويرجع من يومه إلىٰ قريته: فلها ذلك، وإن كان علىٰ خلاف ذلك: فليس لها ذلك)[3].

وذلك لأن القريتين إذا كان بينهما ما لا يمنع الأب عن رؤية الصبي في كل يوم، صارتا بمنزلة محلتين في بلد واحد، أو جانبين في مصر واحد، فلها أن تمسكهم في أي موضع منها شاءت.

وأما إذا لم يكن بينهما ما وصفنا، وهو بمنزلة السفر والاغتراب بالأولاد: فليس لها ذلك.

---

(١) في (ق.ج): «في ذلك».

(٢) في (ق.ج): «غير بلدها».

(٣) بدائع الصنائع ٥/٢٢٦٢.

* **قال** : (وكذلك إن أرادت أن تنقلهم من قرية إلىٰ مصر)[1].

قال أبو بكر : وهذا مبنيٌّ علىٰ أنَّ المصر ليس بمصرها، ولم يقع النكاح فيه، لأنه إذا كان مصرها، وكان عقد النكاح فيه: فلها أن ترجع إليه.

[مسألة :]

قال : (وإن أرادت أن تنقلهم من مصر إلىٰ قريةٍ: لم يكن لها ذلك علىٰ الوجوه كلها).

قال أبو بكر : والمسألة علىٰ أن عقد النكاح لم يكن في القرية، فإن كان عقد النكاح في القرية، وهي من أهلها: فلها أن تردهم إليها، علىٰ ما بيَّنَّا في إخراجها إياهم إلىٰ مصر آخر.

وإنما لم يكن لها أن تُخرجهم من المصر إلىٰ القرية وإن أمكن لأبيهم رؤيتهم في كل يوم: من قِبَل أنَّ في مُقام الأولاد هناك ضرراً عليهم، لأنهم ينشؤون علىٰ أخلاق أهل السواد، ويَبْعُدون من مواضع العلوم والآداب.

* * * * *

(١) بدائع الصنائع ٥/٢٢٦٣.

باب نفقة المماليك والبهائم

مسألة : [نفقة المملوك]

قال أبو جعفر[١] : (وعلىٰ مالك المملوك نفقتُه وكسوتُه بالمعروف)[٢].

وذلك لما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال في المماليك: «إنهم إخوانكم، جَعَلَهم الله تحت أيديكم، فأطعِموهم مما تأكلون، واكسوهم مما تَكْسُون»[٣].

وقال عليه الصلاة والسلام: «لا يدخل الجنة سيِّءُ المَلَكَة»[٤].

ولا خلاف في ذلك بين أهل العلم[٥].

* **قال أبو جعفر** : (فإن أبىٰ: أُوجِرُوا، وأُنفق عليهم من أجرهم).

وذلك لأنه يمكننا التوصل إلىٰ الإنفاق عليه من مال مولاه ببذل منافعه.

---

(١) مختصر الطحاوي ص٢٢٧.

(٢) البناية شرح الهداية ٩٢٢/٤، حاشية ابن عابدين ٦٣٦/٣.

(٣) صحيح البخاري ٨٥/٧، صحيح مسلم ١٢٨٢/٢، نصب الراية ٢٧٦/٣.

(٤) سنن الترمذي ٣٣٤/٤ ـ ح١٩٤٦ وقال: هذا حديث غريب، شرح السنة ٣٤٩/٩.

(٥) المغني والشرح الكبير ٣١٤/٩.

* **قال** : (فإن كانت جارية لا يؤاجر مثلها، أو غلاماً زَمِناً: أُجبر علىٰ الإنفاق عليه، أو بيعه إن رأىٰ ذلك القاضي)[(١)].

وذلك لأن هذا حقٌّ له علىٰ المولىٰ، يلزمه الخروج إليه منه، فيُجبر عليه كما يُجبر علىٰ أداء سائر حقوق الآدميين.

* وأما البيع: فإنه ينبغي أن يكون في قول أبي يوسف ومحمد؛ لأنهما يريان البيع علىٰ الحر البالغ لأجل حق الغير.

وأما أبو حنيفة، فإنه لا يرىٰ جواز البيع علىٰ الحر، ولكن يُحبس حتىٰ يبيع إذا استُحق عليه البيع[(٢)].

فإن قيل: ما الفرق بين هذا، وبين العاجز عن نفقة امرأته؟ هلا فرَّقت بينهما، كما أجبرته علىٰ بيع العبد إذا عجز عن نفقته.

قيل له: لأنه ليس في ترك التفريق بينهما فوات حقها إذا كانت ذمته صحيحةٌ تَثبت النفقة فيها علىٰ مرور الأوقات، وفي تَرْك بيع العبد فوات حقه؛ لأنه لا يثبت له حق النفقة في ذمة المولىٰ، ولا يصير دَيْناً عليه.

مسألة : [الإنفاق علىٰ البهائم]

قال أبو جعفر : (وأما البهائم: فإنه يؤمر مالكوها بالإنفاق عليها فيما بينهم وبين الله تعالىٰ، ولا يُجْبرون عليها فيما رواه محمد عن أصحابه)[(٣)].

وإنما لم يُجْبَر علىٰ ذلك؛ لأن البهائم لا تثبت لها حقوق الأداء، ولا

---

(١) الهداية مع شرح فتح القدير ٤/٤٢٧.

(٢) حاشية ابن عابدين ٣/٦٣٧.

(٣) شرح فتح القدير ٤/٤٢٨، حاشية ابن عابدين ٣/٦٣٨.

يصح ذلك لها ، والإجبار علىٰ النفقة إنما وجب لأنه حقٌّ يثبت للمملوك علىٰ المولىٰ، كسائر حقوق الناس، ولكنه يُفتىٰ فيما بينه وبين الله تعالىٰ، لأن فيه تعذيبَ الحيوان، وقد روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه «نهىٰ عن تعذيب البهائم، وأن يُتَّخذ شيء من الروح غَرَضاً»[(١)].

وأيضاً: فيه إتلاف ماله، وقد «نهىٰ النبي صلىٰ الله عليه وسلم عن إضاعة المال»[(٢)].

وكما «نهىٰ عن تَرْك سَقْي زرعه ونخله حتىٰ يتلف»[(٣)].

ولا يجبر عليه في القضاء.

* **قال أبو جعفر**: (وقد روىٰ أصحابُ الإملاء عن أبي يوسف، ولم يحك فيه خلافاً: أنه يُجبر أرباب البهائم علىٰ النفقة عليها، أو علىٰ بيعها).

ويُشبه أن يكون ذَهَبَ فيه إلىٰ ما رُوي من الآثار في النهي عن تعذيب الحيوان.

* * * * *

(١) صحيح مسلم ح١٩٥٧، ٣/١٥٤٩.

(٢) صحيح مسلم ٢/١٣٤٠ـ ح١٧١٥، وينظر نصب الراية ٣/٢٧٦.

(٣) لم أقف عليه.

باب الزوجين يختلفان في متاع البيت

مسألة : [اختلاف الزوجين في متاع البيت]

قال أبو جعفر[١]: (وإذا اختلف الزوجان في متاع البيت، فإن أبا حنيفة رحمه الله قال: ما كان من متاع الرجال: فهو للرجل، وما كان من متاع النساء: فهو للمرأة، وما كان للرجال والنساء: فهو للرجل)[٢].

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنَّ للرجل يداً في المنزل، وكذلك المرأة، والدليل علىٰ أنَّ للمرأة يداً في المنزل: أنَّ المرأة وأجنبياً لو تنازعا متاعاً في منزل الزوج، والزوج لا يدعيه: أنا نجعل اليد للمرأة منه، دون الأجنبي، فدل ذلك علىٰ أنَّ للمرأة يداً في المنزل كما للزوج، إلا أنَّ يدَ كلٍّ واحدٍ منهما في المنزل من طريق الحكم، لا من طريق المشاهدة والحقيقة.

وإذا كان كذلك: اعتبرنا أظهر اليدين تصرفاً، وآكدهما حالاً، فقلنا: ما كان للرجال: فهو للرجل؛ لأن الظاهر أنه هو المتصرف فيه دون المرأة، وما كان للنساء: فهو للمرأة؛ لأن الظاهر أنَّها هي المتصرفة فيه.

ألا ترىٰ أنَّ هذا الصنف من هيئة المتاع من نحو تقطيع الثوب،

---

(١) مختصر الطحاوي ص.٢٢٨

(٢) المبسوط ٥/٢١٣.

ونَسْجه، إنما يُفعل لأجل المرأة، فإذا لم نعلم مَن قاطع الثوب علىٰ هذه الصفة: حكمنا بأن المرأة هي التي قطعَتْه علىٰ هذا الوجه، إذ ليس هناك متصرف فيه علىٰ هذا الوجه، ولا مَن يقطع له ذلك علىٰ هذه الصفة[1] غيرها، فكانت هي أظهر يداً فيه، وأكثر تصرفاً.

وليس هذا كالبزّاز، والإسكاف إذا اختلفا في قالب خُفٍّ هو في أيديهما، فلا يكون الإسكاف أَوْلىٰ به من البزّاز وإن كان الظاهر أنَّ الغالب مما يتصرف فيه الإسكاف دون الآخر، وذلك لأن يدَ كلٍّ واحد منهما في هذه الحال من طريق المشاهدة إذا كانا متعلقين به، فهو في أيديهما نصفان، والنصف الذي في يد كل واحد منهما ليس في يد صاحبه منه شيء، فلا يستحقه.

كما أنَّ القالب لو كان كله في يد البزاز، وادعاه إسكاف ليس في يده منه شيء: لم يُحكَم به له، وكان صاحب اليد أوْلىٰ، فكذلك إذا كان في أيديهما، فإن يد كل واحد منهما ثابتة في نصف القالب، دون النصف الآخر الذي في يد صاحبه.

وأما المرأة والزوج، فإن لكل واحد منهما يداً في جميع ما في المنزل، فوجب اعتبار آكد اليدَيْن، وأظهرهما تصرفاً.

ونظير الزوج والمرأة: ما قال أصحابنا في المستأجر والمؤاجر إذا اختلفا في بابٍ موضوعٍ في الدار، أو جذوعٍ موضوعة في غير البناء، فادعاه كل واحد منهما: أنَّا ننظر: فإن كان هذا الباب المقلوع مصراعاً لباب آخر في البناء، ووَفْقاً له: فالقول قول رب الدار، وإن لم يكن

---

(١) في (ق.ج): «الهيئة».

كذلك: فهو للمستأجر.

وكذلك الجذع إن كان في السقف أجذاع منقوشة، أو مصورة مثل صورتها ونقشها، وإذا جُمع بينهما كان بعضُها وَفْقاً لبعض: فربُّ الدار أَوْلىٰ بها[1]، ولا يُصدَّق المستأجر أنه له، وإن كان علىٰ غير ذلك: فالقول قول المستأجر.

وكذلك لو أنَّ خياطاً في دار رجل يخيط قميصاً، واختلفا فيه: فإن صاحب الدار أَوْلىٰ بالقميص، ولو اختلفا في المقراض والإبرة: كان الخياط أَوْلىٰ بهما.

وكذلك قِرْبة السَّقاء، وما جرىٰ مجرىٰ ذلك.

* وإنما جُعل ما كان للرجال والنساء للرجل خاصة: من قِبَل أنهما لمَّا تساويا في ظهور يدهما في الشيء المدَّعىٰ، ثم كان المنزل للرجل: وَجَبَ أن يكون أَوْلىٰ به؛ لأنه آكدهما يداً.

ألا ترىٰ أنَّ رجلاً لو كان راكباً لدابة، وآخر متعلق بلجامها، فتنازعاها: أنَّ الراكب أَوْلىٰ باليد وإن كان المتعلِّق باللجام يوجب له اليد لو انفرد، إلا أنه لما كان الراكب أظهر تصرُّفاً، وآكد يداً: كان أَوْلىٰ[2].

وكذلك لو أنَّ رجلاً كان لابس ثوب، وآخر متعلق به: كان اللابس أَوْلاهما باليد.

---

(١) في (ق.ج): «باليد فيها».

(٢) المبسوط ٥/٢١٥.

مسألة :

قال : (وإن كان أحدهما ميتاً: فالجواب كذلك، إلا أنَّ ما كان منه للرجال والنساء: فهي للحيِّ منهما في قول أبي حنيفة).

وذلك لأن يد الميت زائلة، ويدَ الآخر باقية، فإذا لم يكن هناك تصرف ظاهر يوجب كون الميت أَوْلىٰ: كان الحي أَوْلىٰ، لبقاء يده.

(وقال محمد: الموت والحياة سواء، لا يكون الحيُّ أَوْلىٰ»[1].

لعلمنا أنَّ جميع ذلك قد كان في أيديهما، فاستحقَّاه قبل الموت علىٰ ما وصفنا، فلا يتغير حكمه بالموت.

(وقال أبو يوسف: الحياة والموت سواء، وتُعطىٰ المرأة مقدار ما يجهز به مثلها، والباقي للزوج).

وذلك لأن المنزل للزوج، والمرأة في يده أيضاً، ألا ترىٰ أنَّ رجلين لو ادعيا نكاح امرأة، وأقاما بينةً: أنَّ المرأة للذي المرأة في يده أَوْلىٰ بالنكاح[2].

إلا أنَّ الظاهر مع ذلك أنَّ المرأة تنتقل إلىٰ بيت الزوج بجهاز مثلها، فالظاهر أنها قد استحقت ذلك، وأنها أَوْلىٰ به من الزوج، كما يكون الخياط أولىٰ بالمقراض والإبرة من صاحب الدار وإن كان في بيته.

---

(١) المبسوط ٥/٢١٣.

(٢) المبسوط ٥/٢١٤.

مسألة : [اختلاف الذمية مع زوجها المسلم في متاع البيت]

قال : (والذميان في ذلك، والذمية تحت المسلم: كالزوجين المسلمين في جميع ما وصفنا).

وذلك أنَّ اختلاف الدينَيْن لا يوجب اختلافاً في الحقوق والأيدي، فلذلك كان المسلم والكافر فيه سواء، ألا ترىٰ أنَّ المسلم والكافر لا يختلفان في سائر الحقوق التي هي حقوق للآدميين.

مسألة : [حكم متاع البيت حال اختلاف الزوجين وأحدهما عبد]

قال : (وإن كان أحد الزوجين عبداً، فإن أبا حنيفة قال: المتاع للحُرِّ منهما في حياته، ولورثته بعد وفاته)[١].

وذلك[٢] لأن العبد لا يدَ له؛ لأنه لا يملك، ولا تثبت له خصومة ولا حق إذا كان محجوراً عليه.

قال : (وقال أبو يوسف ومحمد: العبد المأذون له في التجارة، والمكاتَب بمنزلة الحرِّ في ذلك)[٣].

وليس ذلك بخلافٍ منهما لأبي حنيفة، وهذا ينبغي أن يكون قولهم جميعاً، لأن المأذون والمكاتَب لهما أيدٍ صحيحة، ولهما حق الخصومة

---

(١) المصدر السابق ٥/٤١٥.

(٢) في الأصل: «وذلك لأن العبد لا يملك، والحر يملك، فللحرية هذه المزية علىٰ العبد فكان أولىٰ»، والمثبت من (ق.ج).

(٣) المبسوط ٥/٢١٥.

والإمساك، فكانا بمنزلة الحُرِّ في ذلك.

وما تقدم من أنَّ الحُرَّ أَوْلىٰ من العبد: إنما هو في العبد المحجور عليه، لأنه لا يدَ له في حال الحَجْر.

* * * * *

كتاب القصاص والديات في الجراحات

مسألة : [الدية في جناية الصبي والمجنون علىٰ العاقلة]

قال أبو جعفر[١]: (وإذا جنىٰ الصبيُّ الذي لم يبلغ، أو المجنونُ في حال جنونه علىٰ رجل، فقَتَلَه: كانت ديتُه علىٰ عاقلته[٢]).

قال أبو بكر: وذلك لأن قَصْد الصبي لا حُكْم له، فصار عمدُه وخطؤه سواء.

والدليل علىٰ أنه لا حُكْم لقصده: أنه لا قصاص عليه في جنايته، ولا يستحق المأثم بفعله وإن عَمَد إليه وقَصَده، ولو كان لقصده حُكمٌ، للزمه القصاص إذا تعمَّد كما يلزم البالغ، وإذا كان كذلك: صارت جنايته وإن قَصَدَها في حُكْم الخطأ، فلزمت العاقلة.

فإن قال قائل: لما لم يكن الصبي من أهل التكليف، وجب أن لا يثبت عليه حكم جنايته، كالبهيمة.

---

(١) مختصر الطحاوي ص٢٢٩، كتاب الأصل ٤/٤٩٣، المبسوط ٢٦/٨٦، أحكام القرآن ١/١٤٦.

(٢) العاقلة: جمع عاقل، وهو دافع الدية.

وفي الشرع: هم أهل الديوان إن وجدوا، وإن لم يوجدوا عَقَل عن الجاني عصبته من النسب إن وجدوا، وإلا مواليه إن وجدوا، وإلا حلفاؤه. ينظر كتاب الحجة ٤/٣٥٩، المبسوط ٢٦/٨٤، بدائع الصنائع ١/٤٦٦٧.

قيل له: ليس حكم الجناية مقصوراً علىٰ صحة التكليف؛ لأن[١] الناسي والمخطىء لا تكليف عليهما فيما نَسِيَا أو أخطآ فيه[٢].

وروي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «رُفع عن أمتي الخطأ والنسيان»[٣].

ثم لم يسقط عن المخطىء[٤] حكم جنايته من أجل زوال التكليف عنه.

قال الله تعالىٰ: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ﴾[٥]، فالدية حكم جنايته وإن كان مخطئاً غير مكلف لما أخطأه.

وكذلك الصبي هو بمنزلة المخطىء؛ لأنه ممن تثبت عليه الحقوق، وله، وليس كالبهيمة، لأنها ليست ممن تثبت عليها الحقوق، ولا لها، فلذلك اختلف حكم الصبي وحكمها[٦].

ألا ترىٰ أنَّ الصبي إذا استهلك مالاً لغيره ضَمِنَه، كما يضمن البالغ، وأن البهيمة لا يتعلق عليها ضمان جنايتها في المال، وذلك لما وصفنا أنها

---

(١) وفي (ق.ج): «والدليل عليه أن».

(٢) أحكام القرآن ١/١٤٨.

(٣) سنن ابن ماجه وغيره بلفظ: «إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه». قال ابن حجر: والحديث قد أخرجه ابن ماجه وصححه ابن حبان. ينظر سنن ابن ماجه ١/٦٥٩ ح٢٠٤٣، فتح الباري ٩/٣٩٠، المقاصد الحسنة ص٢٣٨، (٥٢٨).

(٤) وفي الأصل: «الجاني»، والمثبت من (ق.ج).

(٥) النساء: ٩٢.

(٦) المبسوط ٢٦/٨٦.

بمنزلة جناية الخطأ.

فصل : [جناية الصبي فيما دون النفس]

قال أبو جعفر : (وكذلك كل جناية تكون منه فيما دون النفس: فدِيَتُها علىٰ العاقلة).

وذلك لما وصفنا أنها بمنزلة جناية الخطأ.

مسألة : [الدية في الخطأ علىٰ العاقلة في ثلاث سنين]

قال : (وما وجب فيه الدية: فهو علىٰ عاقلته في ثلاث سنين).

قال أبو بكر : الأصل فيه: أنَّ عمر بن الخطاب قضىٰ بالدية علىٰ العاقلة في ثلاث سنين بحضرة الصحابة من غير نكيرٍ من واحدٍ منهم عليه[1]، ولا مخالفَ له، فصار ذلك أصلاً يجب الرجوع إليه، كسائر العقود التي عقدها لكافة أهل الإسلام بحضرة الصحابة، فلم يختلف عليه منهم أحد، فصارت أصولاً لا يسع خلافها.

نحوُ عَقْده مع بني تغلب في مضاعفة العُشْر عليهم في أموالهم[2]، ووَضْع الخراج[3] علىٰ أهل سواد العراق، وأهل الشام[4]، وتصنيف

(١) أحكام القرآن ٢/٢٢٥، مصنف عبد الرزاق ٩/٤٢٠، السنن الكبرىٰ ٨/١٠٩، التلخيص الحبير ٤/٣٢، كتاب الأصل ٤/٤٧٥، المغني والشرح الكبير ٩/٤٩٣.

(٢) مصنف ابن أبي شيبة ١/١٣٨، السنن الكبرىٰ ٩/٢١٨، كتاب الخراج للإمام أبي يوسف ص١٢٩، الهداية مع شرح فتح القدير ٦/٦٣، المغني والشرح الكبير ١٠/٥٩١.

(٣) كتاب الخراج ص٣٠.

(٤) المرجع السابق ص٤٢.

طبقات أهل الذمة في الجزية، وتقدير الدية ألف دينار[١]، وقد كانت في زمن النبي صلىٰ الله عليه وسلم مائة من الإبل[٢].

فهذه أمور عَقَدها عمرُ بحضرة الصحابة من غير نكيرٍ من أحدٍ منهم عليه، فثبت حُكْمها من وجهين:

أحدهما: أنَّ مثل هذا إذا استفاض وظهر، ولم يغيِّره أحد من الخلفاء الراشدين بعده فهو اتفاق، واتفاق الصدر الأول حجة لا يجوز[٣] خلافه.

والوجه الآخر: أنَّ كل عقد عَقَده إمام من أئمة العدل لكافة الأمة، فهو لازمٌ لأول الأمة وآخرها.

والأصل فيه: ما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم في حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: «المسلمون تتكافأ دماؤهم، ويسعىٰ بذمتهم أدناهم، وهم يدٌ علىٰ مَن سواهم[٤]، ويعقد عليهم أولهم»[٥].

---

(١) سنن أبي داود ٤/٦٧٩ ـ ح٤٥٤٢، السنن الكبرىٰ ٨/٨٠، كتاب الحجة ٤/٢٥٨، المحلىٰ ١٠/٣٩٧.

(٢) سنن أبي داود ٤/٦٧٧ـ ح٤٥٤١، سنن الترمذي ٤/١٠ـ ح١٣٨٦، نصب الراية ٤/٣٥٦.

(٣) وفي (ق.ج): «لا يسع».

(٤) بمعناه سنن أبي داود ٤/٦٦٧ ح٤٥٣٠، السنن الكبرىٰ ٨/٢٩، شرح السنة للبغوي ١٠/١٧٢.

(٥) قوله: «ويعقد عليهم أولهم»: هذه الجملة لم أعثر عليها في كتب الحديث والآثار.

فمعنىٰ قوله: يعقد عليهم أولهم: أنَّ ما يعقده الإمام للكافة، فهو لازم لمن جاء بعده، وعمومُه يقتضي ذلك، إذ كان هذا أصلاً صحيحاً.

ثم جَعْلُ عمر رضي الله عنه الدية علىٰ العاقلة في ثلاث سنين، يُثبت أنَّ قيمة دية النفس الواجبة بنفس القتل إنما تجب مؤجلة في ثلاث سنين، الثلث وما دونه في سنة، وما زاد علىٰ الثلث إلىٰ الثلثين في سنة أخرىٰ، ثم الثلث الباقي وما دونه في سنة أخرىٰ[1].

مسألة:

قال أبو جعفر: (وما كان فيه نصف الدية: فهو في سنتين، ثلث الدية في سنة، والسدس الباقي في سنة أخرىٰ)[2].

وإنما كانت هذه الزيادة في سنة أخرىٰ، ولم تكن في نصف سنة: من قِبَل أنَّ الغُرَّة، وهي خمسة مائة درهم علىٰ العاقلة في سنة[3]، وهو ما دون الثلث، فدل ذلك علىٰ أنَّ الثلث وما دونه واجب في سنة[4].

وما ذكرناه من هذا الأصل الذي قدَّمنا أفادنا معنيين:

أحدهما: وجوب الدية علىٰ العاقلة، والثاني: أنها مؤجلة.

وفي إيجاب الدية علىٰ العاقلة وإن لم يُذكر فيها التأجيل سنتين، قد رُويت عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم فيها أخبار، منها:

---

(١) كتاب الأصل ٤/٤٥٩، أحكام القرآن ٢/٢٢٥.

(٢) بدائع الصنائع ١٠/٤٨٢٠.

(٣) سنن الترمذي ٤/٢٤، بدائع الصنائع ١٠/٤٨٢٩.

(٤) كتاب الأصل ٤/٦٦٠.

ما رواه جرير وشعبة عن منصور عن إبراهيم عن عبيد بن فُضَيْلة عن المغيرة بن شعبة «أنَّ النبي صلىٰ الله عليه وسلم قضىٰ في الجنين بغُرَّة، وجعله علىٰ عاقلة المرأة»[١].

وروىٰ مسدد عن عبد الواحد بن زياد[٢] عن خالد عن الشعبي عن جابر «أنَّ امرأتين من هذيل قَتَلَتْ إحداهما الأخرىٰ، فجعل رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم دية المقتولة علىٰ عاقلة القاتلة»[٣].

وروىٰ ابن المبارك عن معمر عن الزهري قال المغيرة بن شعبة: «قضىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أنَّ المرأة يعقل عنها عصبتُها، ويرثها بنوها»[٤].

وروىٰ إبراهيم بن موسىٰ الرازي قال: حدثنا معمر الرَّقِّي عن خصيف عن زياد بن أبي مريم «أنَّ امرأة أعتقت عبداً لها، ثم توفيت، وتركت ابناً لها وأخاها، ثم توفي مولاها بعد، فأتىٰ أخوها وابنُها النبيَّ صلىٰ الله عليه وسلم في ميراثه، فقال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: ميراثه لابن المرأة.

فقال أخوها: يا رسول الله! لو جَرَّ جريرةً علىٰ مَن كانت؟

قال: عليك.

قال: يا رسول الله! لو أنه جَرَّ جريرةً كانت عليَّ، ويكون ميراثها

---

(١) صحيح مسلم ٣/١٣١٠ ـ ح١٦٨١، سنن الترمذي ٤/٢٤ ـ ح١٤١١.

(٢) وفي (ق.ج): «وحدثنا».

(٣) صحيح البخاري (فتح الباري) ١٢/٢٥٢، صحيح مسلم ٢/١٣١٠، أبو داود ٤/٧٠١.

(٤) صحيح البخاري (فتح الباري) ١٢/٢٥٢، ٢٤، صحيح مسلم ٢/١٣٠٩.

لهذا؟! قال: نعم»[١].

قال أبو بكر: أفادنا هذا الخبر معنيين، أحدهما: هو وجوب الدية علىٰ العاقلة.

والثاني: أنَّ العاقلة ليست من أهل ميراث الجاني فحسب، وأنه قد يجوز أن يعقل مَن لا يَحُوز الميراث.

مسألة: [ما تحمله عاقلة الجاني من الدية]

قال أبو جعفر: (وما كان مقداره دون نصف عشر الدية: فهو علىٰ الجاني في ماله، لا تحمله العاقلة عنه)[٢].

قال أبو بكر: القياس أن لا يلزم العاقلة من جنايته شيء، كما لا يلزمها جنايته في الأموال.

والعموم أيضاً ينفيه، لقول الله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا ۚ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾[٣].

وقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم لرجل رأىٰ معه آخر، فقال: «هذا ابنك؟ قال: بلىٰ، قال: أمَا إنه لا يجني عليك، ولا تجني عليه»[٤].

فهذا العموم ينفي لزوم العاقلة حُكْم جنايته.

---

(١) سنن الدارمي ٢/٣٧٢، وفيه انقطاع. انظر شرح السنة ١٠/٢١٠.

(٢) كتاب الحجة: ٤/٣٥٨، المبسوط ٢٦/٨٤.

(٣) سورة الأنعام: ١٦٤.

(٤) سنن الترمذي ٥/٢٧٣، سنن أبي داود ٤/٦٣٥ـ ح٤٤٩٥، ح ٤٢٠٨، الفتح الرباني ١٦/٦١، سنن ابن ماجه ٢/١٠٩ـ ح١٧٠٣.

وفي الأصل أيضاً: أنَّ الجناية علىٰ الأموال لا تلزم غير الجاني، وكان القياس أن لا يلزم العاقلة شيء من جناية الجاني[١]، إلا أنه لما ثبت عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم إيجاب الدية في الغُرَّة علىٰ العاقلة، وكانت قيمة الغُرَّة خمسمائة درهم، نصفُ عشر الدية[٢]، تركوا له ظواهر الآية[٣] والقياس معه، وخصُّوها بما وردت به السنة، واتفق عليها علماء السلف.

والمعنىٰ في لزوم الدية العاقلة: أنَّ العقل في الأصل مبنيٌّ علىٰ التناصر، وكانوا يتناصرون بالقبائل، ثم صارت النصرة في أيام عمر رضي الله عنه بالدواوين والرايات[٤]، فلذلك جعلها عمر علىٰ ذلك، فأمر أهل نصرته بمواساته إذا كانت جنايته واقعة علىٰ وجه الخطأ، ولم يكن عمداً يوجِب القصاص، لئلا يُجحف بالقاتل في لزومه جميع الدية.

ولهذا المعنىٰ فرَّق فيه بين القليل والكثير[٥]؛ لأنه قد يمكنه في العادة أن ينهض بالقليل وإن عجز عن الكثير، ولأجل التخفيف جعلت مؤجلة.

ثم جعل الفصل بين القليل والكثير علىٰ ما وردت به السنة، وهو نصف عشر الدية[٦].

---

(١) وفي (ق.ج): «وكان القياس أن يكون في الأنفس كذلك».

(٢) كتاب الحجة ٤/٢٨٧.

(٣) في (ق): الآي التي ذكرنا.

(٤) كتاب الأصل ٤/٦٥٨.

(٥) وفي (ق): «منه لأن القليل لا يجحف».

(٦) كتاب الحجة ٤/٣٥٨.

ويدل عليه من جهة النظر: أنَّ ما دون الموضحة[1] ليس له أرش[2] مقدَّر بنفسه، فأشبه ضمان الأموال، لما لم يكن لها تقدير في أنفسها، لزمه في ماله دون عاقلته، وما كان له أرش مقدر في نفسه، فهو مشبَّه بالنفس، لكونه مقدراً في نفسه، وكان علىٰ العاقلة.

فإن قال قائل: فإن أرش الأُنملة مقدَّر، وهو ثلث دية الأصبع، فينبغي أن تحمله العاقلة[3].

قيل له: ليس أرشها مقدَّراً بنفسها، بل هو مقدَّر بغيرها، وهو الأصبع، ونحن إنما شبهنا ما دون الموضحة بالأموال من حيث لم يكن له أرش مقدر بنفسه.

فإن قيل: المعنىٰ في تحمل العاقلة، ما كان في عَمْده قصاص.

قيل له: لا اعتبار بالقصاص؛ لأنه اعتبار ساقط عند الجميع، لأن مخالفنا لا يوجب القصاص في الباضعة[4]، والمتلاحمة[5]، ويجعلها علىٰ العاقلة.

---

(١) الموضحة: هي الشجة التي توضِّح العظم، أي: تبيّنه. انظر الهداية مع البناية ١٠/١٥٥.

(٢) الأرش: شرعاً: اسم للواجب فيما دون النفس. ينظر الدر المختار مع رد المحتار ٦/٥٧٣.

(٣) بدائع الصنائع ١٠/٤٨١٩.

(٤) الباضعة: هي التي تبضع اللحم، أي تقطعه وتشقه.

(٥) المتلاحمة: وهي التي تذهب في اللحم أكثر مما تذهب الباضعة، ولم تقرب للعظم، هذا ما روىٰ أبو يوسف، وقال محمد: المتلاحمة قبل الباضعة، وهي التي يتلاحم منها الدم ويسودّ. انظر الهداية مع البناية ١٠/١٥٤، تبيين الحقائق ٦/١٣٢.

ولأنه لو قطعت يده من نصف الساعد عمداً: لم يجب فيه القصاص، وخطؤه تحمله العاقلة، فعَلِمْنا أنَّ القصاص لا تأثير له في ذلك[1].

فإن قال قائل: إذا غرمت العاقلة خمسمائة، فقد غرمت ما دونها، وكل جزء منها، فيجب أن تغرمه علىٰ الانفراد.

قيل له: القصاص يجب في الكل، ولا يجب في البعض، وكذلك [القطع يجب في سرقة عشرة دراهم فيها مجتمعة، ولا يجب في بعضها][2].

وكذلك الزكوات، والطلاق الثلاث يتعلق الحكم فيها بمقدار ما، ولا يتعلق بما دونه.

مسألة: [وجوب القصاص بين المسلم والكافر]

قال أبو جعفر[3]: (والقصاص بين الرجال الأحرار العقلاء البالغين في الأنفس وما دونها، مسلمين كانوا أو كفاراً، غير الحربيين)[4].

قال أبو بكر: أما الحجة في وجوب القصاص بين المسلم والكافر

---

(١) كتاب الأصل ٤٩١/٤.

(٢) وفي الأصل: «والقطع يجب في عشرة دراهم، ولا يجب فيمادونه» والصواب ما في (ق.ج).

(٣) مختصر الطحاوي ص٢٣٠.

(٤) كتاب الحجة ٣٢٢/٤، أحكام القرآن للجصاص ١٤٠/١، المبسوط ١٣٢/٢٦، الهداية مع تكملة شرح فتح القدير ٢١٧/١٠، بدائع الصنائع ٤٦٢٤/١٠.

الـذمي[1]، فهـو قولـه تعـالىٰ: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِي ٱلْقَتْلَى ﴾[2]، وفيه دلالة من وجهين علىٰ ما قلنا:

أحدهما: عموم قوله: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِي ٱلْقَتْلَى﴾، وذلـك ينـتظم الكافر والمسلم، لشمول الاسم لهم.

وافتتاح الخطاب بذكر المؤمن لا يوجب الاقتصار بحكـم الآيـة علـىٰ إيجاب القصاص للمسلم دون الكافر؛ لأن الخطاب توجه علـىٰ المـؤمنين بوجوب القصاص عليهم في القتلىٰ، ولم يقيِّد القتلىٰ بذكر الإيمان، فكـان مقتضىٰ اللفظ وجوب القصاص علىٰ المؤمن لسائر القتلىٰ.

وأيضاً: لا ينفي وجوب القصاص للذمي علىٰ الـذمي؛ لأنـه خاطبـهم بوجوب القصاص عليهم، ولم يصف المقتول بالإيمان، بـل أطلـق ذكـره تسمية القتل من غير تقييد له بشرط الإيمان، فقال: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِي ٱلْقَتْلَى﴾، ولم يقل في قتلىٰ المؤمنين.

والوجه الآخر من الدلالة: قوله: ﴿ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ﴾، وذلك عموم أيضاً في إيجاب القصاص بينهما.

فإن قال قائل: قوله في نسق التلاوة: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ﴾: ينفي أن يكون الكفار داخلين فيه؛ لأن الكافر ليس بأخ للمسلم.

قيل له: لو سلمنا ذلك أنَّ المراد الأُخوَّة في الـدِّين: لم يوجـب ذلـك

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ١/١٤٠.

(٢) البقرة: ١٧٨.

تخصيص العموم المذكور في ابتداء الآية، إذ لا يمتنع أن يُطلق لفظٌ عام ينتظم مسميات، ثم يُعطف عليه بعض مَن دخل في الجملة بحكمٍ يختص ببعض ما انتظمته الجملة، ثم لا يوجب ذلك تخصيص ما ورد مطلقاً في ابتداء الخطاب.

كقوله تعالىٰ: ﴿وَوَصَّيْنَا ٱلْإِنسَٰنَ بِوَٰلِدَيْهِ إِحْسَٰنًا﴾[1]، وهو عموم في الكافرين والمسلمين، ثم قال: ﴿وَإِن جَٰهَدَاكَ عَلَىٰٓ أَن تُشْرِكَ بِى مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا﴾[2]، وهذا لا محالة في الأبوين الكافرين.

وكقوله: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾[3]، وعمومه في المبتوتة والرجعية، ثم قال: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾، وهو حكم خاص في بعض مَن شمله عموم اللفظ الأول، ولم يوجب كون ابتداء الخطاب جاء مطلقاً أن يكون مقصوراً علىٰ مَن كان حكمه في الطلاق دون جميعهن، وقد بينا ذلك في مواضع[4].

وأيضاً: فإنه لم يثبت أنَّ المراد الأُخوَّة من جهة الدين، وليس يمنع إطلاق لفظ الأُخوَّة بينهما، من حيث كان من جنسه، وإن كان مخالفاً له في دينه، كقوله تعالىٰ: ﴿كَذَّبَتْ عَادٌ ٱلْمُرْسَلِينَ ﴿١٢٣﴾ إِذْ قَالَ لَهُمْ أَخُوهُمْ هُودٌ أَلَا

(١) الأحقاف: ١٤.

(٢) لقمان: ١٥.

(٣) البقرة: ٢٢٨.

(٤) ينظر أحكام القرآن للمؤلف ١١٣٣.

تَتَّقُونَ ﴾[١]، ولم يُرِد الأُخوَّة من جهة الدين.

* ودليل آخر: وهو قوله تعالىٰ: ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ ﴾[٢]، وشريعة مَن كان قبلنا من الأنبياء لازمة حتىٰ يثبت نسخها علىٰ لسان نبينا صلىٰ الله عليه وسلم. قال الله تعالىٰ: ﴿ أُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ هَدَى ٱللَّهُۖ فَبِهُدَىٰهُمُ ٱقْتَدِهْ ﴾[٣].

* ودليل آخر: قوله تعالىٰ: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا ﴾[٤]، وقوله: ﴿سُلْطَٰنًا ﴾: وإن كان لفظاً مجملاً، فإن الأمة متفقة علىٰ أنه قد أُريد به القَوَد في المسلمين، وإذا صحَّ أنَّ القصاص مراد، صارت مفسَّرة به، فصار كقوله: فقد جعلنا لوليه قَوَداً.

* ومن جهة السنة: ما روىٰ الأوزاعي عن يحيىٰ بن أبي كثير عن أبي سلمة عن أبي هريرة أنَّ النبي صلىٰ الله عليه وسلم خطب يوم فتح مكة فقال: «ألا ومَن قُتِل له قتيل فهو بخَيْر النظرَيْن: أن يقتص، أو يأخذ الدية»[٥].

وروىٰ ابن أبي ذؤيب عن سعيد المقبري عن أبي شريح الكعبي قال:

---

(١) الشعراء: ١٢٣-١٢٤.

(٢) المائدة: ٤٥.

(٣) الأنعام: ٩٠.

(٤) الإسراء: ٢٣.

(٥) صحيح البخاري ٣٨/٨، صحيح مسلم ٩٨٨/٢ ح١٣٥٥.

قال النبي صلىٰ الله عليه وسلم في خطبته يوم فتح مكة: «مَن قَتَلَ قتيلاً فأهله بين خِيرتَيْن: بين أن يأخذوا العَقْل، وبين أن يقتلوا»(١).

ولم يُفرِّق بين المسلم والكافر، فهو علىٰ عمومه في الفريقين جميعاً.

* ويدل عليه أيضاً: حديث عثمان وابن مسعود وعائشة عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال: «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدىٰ ثلاث: زنىٰ بعد إحصان، وكُفْر بعد إيمان، وقَتْل نفس بغير نفس»(٢).

وروىٰ إسماعيل بن مسلم عن عمرو بن دينار عن طاوس عن ابن عباس قال: قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: «العَمْد قَوَدٌ إلا أن يعفوَ وليُّ المقتول»(٣).

وروي قَتْلُ المسلم بالكافر عن عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب(٤).

وروىٰ ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن عبد الرحمن بن البيلماني «أنَّ النبي صلىٰ الله عليه وسلم أقاد مسلماً بذمي، وقال: أنا أحقُّ مَن

---

(١) المصادر السابقة، وسنن أبي داود ٤/٦٤٣ ح٤٥٠٤، سنن الترمذي ٤/١٤ ح١٤٠٦ وقال: هذا حديث حسن صحيح.

(٢) سنن أبي داود ٤/٦٤١ ح٤٥٠٢، سنن الترمذي ٤/٤٦٠، قال أبو عيسىٰ: هذا حديث حسن.

(٣) سنن الدارقطني ٣/٩٤.

(٤) مسند الإمام الشافعي ٣٤٣، شرح معاني الآثار ٣/١٩٦، أحكام القرآن ١/١٤١، السنن الكبرىٰ ٨/٣٢-٣٤، مصنف عبد الرزاق ١٠/١٠١، مصنف ابن أبي شيبة ٩/٢٩٠، نصب الراية ٤/٣٣٧، موسوعة فقه علي بن أبي طالب ص١٨٥.

أوفىٰ بذمته»(١).

فهذا خبرٌ مفسِّر مبيِّن لما أجملته الأخبار الأُخَر، وهو وإن كان مرسلاً، فإن إرساله عندنا لا يضره.

* فإن قيل: روىٰ الشعبي عن أبي جُحَيفة عن علي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «لا يُقْتَل مؤمن بكافر»(٢).

وروىٰ الحسن عن قيس بن عَبَّاد عن علي بن أبي طالب عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «لا يُقْتَل مسلم بكافر، ولا ذو عهد في عهده»(٣).

قيل له: نجمع بينه وبين سائر الأخبار، وظواهر الآي التي ذكرناها، فنقول: لا يقتل مؤمن بكافر معاهَدٍ لا ذمة له، وهو الحربي المستأمَن، ويجعل سائر ما وصفنا من الظواهر في سائر الكفار، ما خلا المعاهَد.

وأيضاً: في فحوىٰ هذا الخبر ما يوجب أن يكون الحكم مقصوراً علىٰ الحربي دون غيره، وذلك لأنه عطف عليه قوله: «ولا ذو عهد في عهده»، ومعلوم أنَّ قوله: «ولا ذو عهد في عهده»: كلام غير مستقل بنفسه، بل هو مفتقرٌ إلىٰ إضمار؛ لأنه لا يصح ابتداءُ الخطاب به، وكل كلام هذا سبيله: فهو مفتقِرٌ إلىٰ ضمير، وضميره ما تقدم ذِكْره مِن نفي القتل علىٰ وجه القصاص، إذ لم يتقدم في الخبر ذِكْر القتل إلا علىٰ هذا الوصف.

---

(١) مسند الإمام الشافعي ص٣٤٣، شرح معاني الآثار ٣/١٩٥، الدارقطني ٣/١٣٥، نصب الراية ٤/٣٣٥، نيل الأوطار ٧/١٥١، كتاب الحجة ٤/٣٤٣.

(٢) صحيح البخاري ٨/٧٤، فتح الباري ١٢/٢٦٠ (باب لا يقتل المسلم بالكافر)، سنن الترمذي ٤/١٧ ح١٤١٢.

(٣) أبو داود ٤/٦٦٦ ح٤٥٣٠، الفتح الرباني ١٦/٢٣، نصب الراية ٤/٣٣٤.

فصار تقديره: لا يقتل مؤمن بكافر، ولا ذو عهد في عهده بالكافر الذي تقدم ذكره، والكافر الذي لا يقتل به ذو العهد هو الكافر الحربي المستأمَن، فثبت أنَّ المراد مقصور علىٰ الحربي.

فإن قيل: الضمير في: (ذي العهد): قيل: مطلق، ويصح الخطاب به، كأنه قال: لا يقتل مؤمن بكافر، ولا يقتل ذو عهد في عهده، فأفادنا أنَّ عهده يحظر دمه.

قيل له: قد بينَّا أنَّ الكلام المفتقر إلىٰ الإضمار: سبيله أن يكون ضميره ما تقدم ذِكْره في أول الخطاب، ومعلوم أنَّ الذي جرىٰ ذِكْره في ابتداء الخطاب ليس هو قتلاً علىٰ الإطلاق، فيُضمر في النسق، وإنما المذكور بدءاً قتلٌ مخصوص، وهو القتل علىٰ وجه القصاص، فكأنه قال: «ولا يقتص من ذي عهد في عهده بالكافر»، ولو أضمرنا فيه قتلاً مطلقاً، كنا قد أضمرنا فيه غير ما أظهره بدءاً، وهذا لا يجوز.

وأيضاً: فحكم كل كلام النبي صلىٰ الله عليه وسلم أن يحمل علىٰ فائدة مجدَّدة، ولو حملناه علىٰ ما قلتَ، لسقطت فائدته؛ لأنه يكون مقصوراً علىٰ النهي عن بعض العهد، وخَفْر الأمان، وقَتْل مَن لا يستحق القتل، وهذا معنىٰ قد علمناه بغير هذا الخبر، فاقتضىٰ الخبر فائدةً غيره، ولا فائدة فيه إلا ما وصفنا.

فإن قيل: لو سلمنا أنَّ المراد نفي القصاص عن ذي العهد، لم يكن فيه دلالة علىٰ أنَّ أول الخطاب مقصور علىٰ كافر حربي؛ لأن تقديره: لا يُقتل مؤمن بكافر، ولا ذو عهد في عهده بكافر، فأَقلُّ أحواله أن يقتل ذو العهد بكافر أيِّ كافر كان، وهذا هو مقتضىٰ اللفظ، إلا أن تقوم الدلالة علىٰ أنَّ ذا العهد يُقتل ببعض الكفار، وهم الذميون، وليس في ذلك ما ينفي أن

يكون قوله: «لا يقتل مؤمن بكافر»: عموماً في نفي قتل المؤمن بسائر الكفار.

قيل له: هذا غلط من قِبَل أنَّ اللفظ الثاني إذا اقتضىٰ أن يكون عائداً علىٰ ما تقدم ذِكْره من الخطاب، صار كقوله: لا يقتل مؤمن بكافر، ولا ذو عهد في عهده بالكافر الذي تقدم ذكره، فيرجع اللفظ إلىٰ المعهود والمبدوء ذِكْره.

ولو حملناه علىٰ ما قلتَ، لكان ذلك خطاباً مبتدأ غير عائد علىٰ اللفظ المتقدم، ولو كان كذلك لاستغنىٰ بنفسه عن عَوْده إليه، وقد بيَّنَّا أنَّ اللفظ غير مستقل بنفسه، بل عائد إلىٰ ما تقدم ذكره ، وأنه مضمرٌ بما قبله.

ألا ترىٰ أنك إذا قلتَ: لقيتُ رجلاً، ثم عطفتَ عليه كلاماً آخر، قلتَ: قال لي الرجل، ولا يجوز أن تقول: قال لي رجل، لأنه يصير غير الأول.

ونظير هذا من الكلام: قوله تعالىٰ: ﴿وَٱلْحَٰفِظِينَ فُرُوجَهُمْ وَٱلْحَٰفِظَٰتِ﴾[1]، فمعناه: والحافظات فروجهن، لأنه غير مستغنٍ بنفسه، فصارت الفروج مضمرَة في ذكرهن، كأنه قال: والحافظين فروجهم والحافظات فروجهن.

ونحو قوله: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾[2]، ثم قال في آية أخرىٰ: ﴿فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا۟ بِٱلشُّهَدَآءِ فَأُو۟لَٰٓئِكَ عِندَ ٱللَّهِ هُمُ ٱلْكَٰذِبُونَ﴾[3]، يعني مَن

---

(١) الأحزاب: ٣٥.

(٢) النور: ٤.

(٣) النور: ١٣.

تقدم ذِكْر عددهم في الآية الأخرىٰ.

فإن قال قائل: روي في بعض حديث علي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «لا يُقتل مؤمن بكافر»، ولم يذكر فيه: «ولا ذو عهد في عهده»، وإطلاق ذلك يقتضي نفي القصاص بينهما، إذ ليس في الحديث ما يخصه.

قيل له: هما جميعاً حديث واحد(١)، وروي فيهما جميعاً أنه أخبر عما في صحيفة عنده عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم، وإنما إسقاط ذي العهد من جهة بعض الرواة، فأما أصل الحديث فهو ما وصفنا؛ لأن كلام الرواة عزاه إلىٰ الصحيفة.

وأيضاً: لو لم يكن في الخبر دليل علىٰ أنه حديث واحد، لكان الواجب حملهما جميعاً علىٰ(٢) أنهما وردا معاً، وذلك لأنه لم يثبت أنَّ النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال ذلك في وقتين، مرة مطلِقاً من غير ذكر ذي العهد، وتارة مع ذكر ذي العهد.

* وأيضاً: في بعض الأخبار ما يدل علىٰ أنَّ الحكم مقصور علىٰ الكافر الحربي، وهو ما روي أنَّ النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال في حجة الوداع حين طالبوا بدخول الجاهلية: «ألا إن كل دم كان في الجاهلية، فهو موضوع تحت قدميَّ هاتين، وأول دمٍ أضعه دم ربيعة بن الحارث بن عبد المطلب، لا يقتل مؤمن بكافر، ولا ذو عهد في عهده»(٣).

---

(١) ينظر: أحكام القرآن للمؤلف ١/١٤٣.

(٢) وفي (ق.ج) «حملهما جميعاً علىٰ معنىٰ واحد».

(٣) صحيح مسلم ١/٨٨٩ ح١٢١٨، سنن أبي داود ٢/٤٦١ (١٩٠٥)، ٤/٦٦٦ ح ٤٥٣٠، الفتح الرباني ١٦/٢٣.

فكأنه قال: لا يقتل بكافر قُتِل في الجاهلية، لأن الخطاب عليه خرج.

فإن قيل: خروج الخطاب علىٰ سبب، لا يوجب أن يكون الحكم مقصوراً عليه، بل يعتبرون اللفظَ إذا كان أعمَّ من السبب.

قيل له: كذلك هو، إلا أنا نقصره عليه بدلالة، ودلالته ما وصفنا.

* ومن جهة النظر: أنَّ الذمي محقون الدم حَقْناً لا يرفعه مضيُّ الوقت، وليس ببعض للقاتل ولا ملكه، فأشبه المسلم من هذا الوجه.

ولا يلزم عليه الحربي، لأن حقن دم الحربي محصور بوقت؛ لأنه لا يُترك في دار الإسلام، ويُرَدُّ إلىٰ دار الحرب، فيُستباح دمه.

ولا يلزم عليه الأبُ؛ لأنه بعضه، ولا عبدُه؛ لأنه ملكه.

* وأيضاً: قد اتفقنا جميعاً علىٰ أنَّ ذمياً لو قَتَل ذمياً، ثم أسلم: قُتِل به[1]، وهو مسلمٌ بذمي، فلو كان الإسلام مما يمنع القصاص في الابتداء، لمنعه إذا طرأ بعد وجوبه قبل استيفائه، ألا ترىٰ أنه لما لم يجب القصاص بين الأب والابن إذا قتله[2]، كان كذلك حكمه إذا ورث ابنه القَوَد عن غيره، فمنع ما عرض من ذلك استيفاؤه، كما منع من ابتداء وجوبه.

قال أبو جعفر[3]: (وروىٰ أصحابُ الإملاء عن أبي يوسف: أنَّ المسلم

---

(١) المبسوط ١٣١/٢٦، بدائع الصنائع ٢٦٢٥/١٠، المغني والشرح الكبير ٣٤٢/٩.

(٢) أحكام القرآن ١٤٤/١، المغني والشرح الكبير ٣٥٩/٩.

(٣) مختصر الطحاوي ص٢٣٠.

يقتل بالحربي المستأمَن، وشبَّهه بالذمي، لأجل الأمان)[١].

وعندهما: لا يُقاد من المسلم.

له: لأن الحربي مباحُ الدم، إلا أنَّ إباحته مؤجلة بالأمان، ومتىٰ رجع إلىٰ داره: عاد إلىٰ حكم الإباحة، وهو كالدَّيْن المؤجَّل، وجودُ الأجل فيه لا يُخرجه عن وجوبه، كذلك وجود الأجل في الإباحة، لا يسلبه حكم الإباحة من الوجه الذي ذكرنا.

مسألة: [القصاص بين العبيد والأحرار]

قال أبو جعفر: (والعبيدُ والأحرار في القصاص في الأنفس سواء)[٢].

قال أبو بكر: الدليل علىٰ ذلك: قولُ الله تعالىٰ: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَىۖ ﴾[٣]، وذلك عمومٌ في الكل.

فإن قال قائل: قد بُيِّن المراد بقوله: ﴿ٱلۡحُرُّ بِٱلۡحُرِّ وَٱلۡعَبۡدُ بِٱلۡعَبۡدِ﴾[٤].

قيل له: لا يوجب ذلك تخصيص العموم؛ لأنه تفسيرٌ لبعض ما انتظمته الجملة، وقد بيَّنَّا نظائر ذلك فيما سلف، كقوله تعالىٰ: ﴿ وَوَصَّيۡنَا ٱلۡإِنسَٰنَ بِوَٰلِدَيۡهِ حَمَلَتۡهُ أُمُّهُۥ وَهۡنًا عَلَىٰ وَهۡنٖ وَفِصَٰلُهُۥ فِي عَامَيۡنِ أَنِ ٱشۡكُرۡ لِي وَلِوَٰلِدَيۡكَ

(١) المبسوط ٢٦/١٣٣.

(٢) كتاب الحجة ٤/٢٦٥، أحكام القرآن ١/١٣٥.

(٣) البقرة: ١٧٨.

(٤) البقرة: ١٧٨.

إِلَيَّ ٱلْمَصِيرُ ﴿١٤﴾ وَإِن جَٰهَدَاكَ عَلَىٰٓ أَن تُشْرِكَ بِي ﴾[١]، فلم يدل علىٰ خصوص قوله: ﴿ وَوَصَّيْنَا ٱلْإِنسَٰنَ ﴾.

وكما فسَّر النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم الربا في ستة أشياء[٢]، وهي بعض ما دخل في آية الربا.

وليس في استعمال عموم اللفظ إسقاطُ فائدة قوله تعالىٰ: ﴿ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ﴾[٣]؛ لأنه كلامٌ خَرَجَ علىٰ سبب، وهو ما روي أنه كان بين حَيَّيْن من العرب قتالٌ، ولأحدهما طَوْل علىٰ الآخر، فأبَوْا أن يقتلوا بالعبد منهم، إلا الحر من غيرهم، وبالأنثىٰ منهم الذكر، فنهاهم عن ذلك[٤] بقوله: ﴿ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ﴾[٣].

وأيضاً: قد اتفق الجميع علىٰ قتل الأنثىٰ بالذكر، والعبد بالحر[٥]، ولم يوجب ذلك[٦] إسقاط فائدة اللفظ، كذلك قتل الحر بالعبد.

ودليل آخر: وهو قوله تعالىٰ: ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ

---

(١) لقمان: ١٤، ١٥.

(٢) صحيح مسلم ٢/١٢١٠ـ ح١٥٨٧، وهي: الذهب، والفضة، والبُر، والشعير، والتمر، والملح.

(٣) البقرة: ١٧٨.

(٤) أحكام القرآن ١/١٣٤، تفسير الدر المنثور في التفسير المأثور ١/٤١٨.

(٥) كتاب الحجة ٤/٢٦٧ وما بعده. المغني والشرح الكبير ٩/٣٧٧.

(٦) وفي (ق.ج): «عند مخالفنا».

﴿وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ﴾[١]، وهذا الحكم وإن كان مكتوباً علىٰ بني إسرائيل، فهو لازمٌ لنا حتىٰ يثبت نسخه.

ويدل عليه أيضاً: قوله: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا فَلَا يُسْرِف فِّى ٱلْقَتْلِ﴾[٢]، وقد بيَّنَّا أنَّ المراد به القَوَد، فكل مقتول ظلماً فهذا حكمه بحق العموم، إلا ما قام الدليل علىٰ خصوصه.

ومن جهة السنة: قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «المسلمون تتكافأ دماؤهم»[٣]، وعمومه يقتضي دخول العبد فيه.

وأيضاً: قد اتفق الجميع علىٰ دخول العبد فيه إذا قَتَل حراً، فدل أنَّ اللفظ قد انتظمه، فوجب أن يكون عاماً في الجميع.

فإن قيل: التكافؤ يقتضي المماثلة، وليس العبد بمثل الحر.

قيل له: قد جعله النبي صلىٰ الله عليه وسلم مثله حين جعل كل مسلم كفؤَ المسلم[٤] في باب القصاص.

ورویٰ إسماعيل بن مسلم عن عمرو بن دينار عن طاوس عن ابن عباس قال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «العمد قَوَدٌ إلا أن يعفوَ وليُّ المقتول»[٥]، ولم يفرِّق بين الحر والعبد.

---

(١) المائدة: ٤٥.

(٢) الإسراء: ٣٣.

(٣) أبو داود ح٤٥٣٠، وغيره، وينظر التلخيص الحبير ١١٨/٤.

(٤) صحيح مسلم ٨٨٩/٢ ح١٢١٨.

(٥) سبق تخريجه.

ومن جهة النظر: أنَّ اعتبار المساواة ساقط في الأنفس، والدليل عليه: اتفاقنا جميعاً علىٰ قتل العشرة بالواحد[١].

فإن قيل: النفس الواحدة مكافئة لعشرة أنفس.

قيل له: والعبد مكافئ للحرِّ.

علىٰ أنَّ صاحبهم[٢] قد نقض هذا، فقال: إذا قَتَل واحدٌ عشرةً: قُتِـل، وأُخِذَ منه تسع ديات[٣]، فلم يجعل النفس الواحدة مكافئة لعشرة.

فإن قال قائل: العبد مالٌ، فلا تُتلَف به نفسٌ ليست بمال.

قيل له: ولا نتلف نفساً هو مال، فلا نوجب القصاص بـين العبيـد في الأنفس، كما قال إبراهيم، والشعبي[٤]، وإياس بـن معاويـة[٥]، وجعلـوه كالبهيمة.

---

(١) كتاب الأصل ٤/٤٨٥، والمغني والشرح الكبير ٩/٤٧٣.

(٢) أي الإمام الشافعي رحمه الله.

(٣) ينظر لقول الإمام الشافعي: مغني المحتاج ٤/٢٢، وأما عند الحنفية: قُتِل لجماعتهم، ولا شيء للباقين. الهداية مع تكلمة شرح فتح القدير ١٠/٢٤٤.

(٤) مصنف عبد الرزاق ١٠/٣-٨، المحلىٰ لابن حزم ٨/١٥١-١٥٥، المغني والشرح الكبير ٩/٣٥١.

(٥) إياس بن معاوية بن قرة المزني، أبو معاوية، مشهور بفَرْط الذكاء، وبه يضرب المثل في الذكاء، كان صادق الظن، لطيفاً في الأمور، وكان عمر بن عبد العزيز قد ولاّه قضاء البصرة، توفي بواسط سنة اثنتين وعشرين ومائة، وعمره ست وسبعون. انظر وفيات الأعيان ١/٢٤٧، الأعلام ١/٣٣.

ومن حيث اتفقا علىٰ وجوب القصاص فيما بين العبيد في الأنفس[١]، وعلىٰ قتل العبد بالحر، وجب مثله فيما بينهم وبين الأحرار، وصح بذلك أنَّ جهة المال غير معتبرة.

وأيضاً: فقد اتفقوا أيضاً علىٰ لزوم الكفارة في قتل العبد خطأ، ولم يكن بمنزلة مَن قَتَلَ دابة.

ودليل آخر: وهو أنَّ العبد محقون الدم حقناً لا يرفعه مضي الوقت، وليس ببعض للقاتل، ولا ملكه، فأشبه الحر[٢].

فإن قيل: لما لم تقطع يد الحر بيد العبد، لم يُقتَل به، كما لم تُقطع يد المسلم بيد الحربي، لم يُقْتَل به.

قيل له: هذا اعتلال فاسد؛ لأنه لو قَطَعَ يدَ رجلٍ شلاّء[٣]: لم تُقطع يده بها، ولو قتله، قُتِل به.

وأيضاً: فإن اعتبار المساواة واجبة في الأعضاء، غير واجبة في الأنفس، بدلالة أنَّ اليد الصحيحة لا تؤخذ بالشلاّء، ويُقْتَل الصحيح البالغ بالصبي، والمجنونِ، والزَّمِنِ، وناقصِ الأعضاء، ويُقتل عشرةٌ بواحد، ولا تؤخذ عَشْرُ أيدٍ بيد.

وأيضاً: روىٰ ليث عن الحكم أنَّ علياً وابن مسعود قالا: «مَن قَتَلَ عبداً متعمداً: فهو قَوَد»[٤].

---

(١) كتاب الحجة ٣١٩/٤.

(٢) أحكام القرآن ١٣٦/١.

(٣) تكملة شرح فتح القدير ٢٣٨/١٠.

(٤) السنن الكبرىٰ ٣٥/٨.

ولا نعلم عن أحد من الصحابة خلافهما، فثبتت حجته.

مسألة: [لا قصاص بين الأحرار والعبيد فيما دون النفس]

قال أبو جعفر: (ولا قصاص بين الأحرار والعبيد فيما دون النفس)[1].

قال أبو بكر: وذلك لوجوب اعتبار المساواة فيما دون النفس، لاتفاق الجميع علىٰ أنَّ اليد الصحيحة لا تؤخذ بالشلاّء.

مسألة: [جناية العبد فيما دون النفس]

قال أبو جعفر: (والواجب فيما جناه العبد علىٰ الحر أن يدفعه مولاه، أو يفديَه منه بالأرش[2]).

وذلك أنَّ الجناية ثبتت في رقبة العبد إذا كانت مما لا يجب فيها القصاص، كما ثبتت في رقبته إذا وجب فيها القصاص، وتُستحق بها الرقبة، فكذلك في الخطأ، يثبت في الموضع الذي يثبت فيه العمد، إلا أنَّ العمد يُستحق به إتلاف الرقبة بالقصاص، والخطأ تُستحق به الرقبة لولي الجناية إلا أن يفديَه المولىٰ؛ لأنه إذا حصل لولي الجناية أرش جنايته، فقد استوفىٰ حقه.

---

(١) كتاب الحجة ٤/٢٦٥، الهداية مع تكملة شرح فتح القدير ١٠/٢٣٥.

(٢) الأرش: دية الجراحات، والجمع أروش. ينظر المصباح المنير (أرش)، مختار الصحاح (أرش). وشرعاً: اسم للواجب علىٰ ما دون النفس. كتاب الأصل: ٤/٥٩١.

مسألة : [جناية الحر علىٰ العبد فيما دون النفس]

قال أبو جعفر : (وجناية الحر علىٰ العبد فيما دون النفس توجب عليه ما نقصه لمولاه في ماله، لا علىٰ عاقلته)(١).

وإنما لم يلزم العاقلة ما جنىٰ علىٰ العبد فيما دون النفس، من قِبَل أنَّ حُكْم ما دون النفس من الجناية عليه حكم الأموال، والدليل عليه: أنه لا قصاص في عَمْده، فصار كالجناية علىٰ الدابة ونحوها.

مسألة :

(فإن فقأ عينَيْه، ففي قول أبي حنيفة: مولاه بالخيار: إن شاء أمسكه، ولا شيء له، وإن شاء سلَّمه إلىٰ الجاني، وأخذ جميع قيمته)(٢).

وذلك لأن موجَب الجناية هو جميع القيمة، والدليل عليه أنَّ العين من العبد نصفه، ولا خلاف بينهم أنه لو فقأ إحدىٰ عينيه: كان عليه نصف قيمته، فوجب أن يكون أرش العينين جميع القيمة.

ثم إذا لزمه جميع القيمة فأداها، لم يجز بقاء العبد علىٰ ملكه مع أخذ القيمة، لأنه لا يجوز اجتماع الشيء وبَدَله في ملكه فيما يصح تمليكه، فلذلك لم يكن له شيء إذا لم يسلم إليه العبد.

* وأما في قولهما: فالمولىٰ بالخيار: إن شاء ضمن(٣) الفاقىء نقصان الفقء، وأمسك العبد، وإن شاء سلمه العبد، وأخذ القيمة.

---

(١) الهداية مع البناية ١٠/٢٩٤.

(٢) الهداية مع شرح فتح القدير ١٠/٣٦١.

(٣) وفي (ق.ج): «أخذ من».

وشبَّهاه برجل خَرَقَ ثوبَ رجل خَرْقاً، فأتىٰ علىٰ أكثره: فصاحب الثوب بالخيار عندهم جميعاً: إن شاء أخذ النقصان، وأمسك الثوب، وإن شاء أخذ القيمة وسلَّم إليه الثوب[١].

وفرَّق أبو حنيفة بينهما من جهة أنَّ أرش العينَيْن مقدَّر، وهو القيمة، كما أنَّ أرش إحداهما مقدر وهو نصف القيمة، فلم يكن له أن يعدل عن موجَب الجناية إلىٰ غيرها، وليس نقصان الخرق مقدراً، فلذلك كان له الخيار في تضمين القيمة مع تسليم الثوب، وإن شاء ضمن النقصان.

مسألة : [جناية الحر علىٰ العبد]

قال أبو جعفر : (وقال أبو حنيفة فيما جناه الحر علىٰ العبد مِن قَطْع عضو، أو فَقْءِ عَيْن: فعليه فيه جزء من قيمته إلا حصته من عشرة دراهم من قيمته)[٢].

قال أبو بكر : هذا الإطلاق في النقصان غير صحيح في قول أبي حنيفة؛ لأن أبا حنيفة إنما يعتبر ذلك فيما زاد علىٰ دية الحر، أو أرش عضو يده، أو كان أرشه مثل أرش الحر، فيُنْقَصُ منه، فإذا لم يبلغ دية الحر: فإنه لا ينقص منه شيئاً.

نحو أن يقطع يد عبدٍ قيمته خمسة آلاف، فيجب عليه ألفان وخمس مائة، لا ينقص منها شيء، فإن كان قيمة العبد عشرة آلاف أو أكثر، فعلىٰ الجاني خمسة آلاف إلا خمسة دراهم، وكذلك لو قتله: كان عليه عشرة آلاف إلا عشرة دراهم في قول أبي حنيفة ومحمد.

---

(١) الهداية مع تكملة شرح فتح القدير ٣٦٢/١٠.

(٢) كتاب الأصل ٥٩٢/٤، بدائع الصنائع ٧٤٩٧/١٠.

* وقال أبو يوسف: عليه قيمته بالغةً ما بلغت[١].

ورُوي نحو قول أبي يوسف عن عمر، وعلي، وابن عباس[٢].

وروي مثل قول أبي حنيفة عن عبد الله بن مسعود، وإبراهيم، وعطاء، وسعيد بن المسيب، والشعبي[٣].

* والكلام في هذه المسألة من وجهين:

أحدهما: في مَنْع ضمان قيمته بأكثر من الدية، والآخر في النقصان عن الدية.

فأما الدليل علىٰ امتناع مجاوزته الدية: فهو أنَّ قيمة النفس في الجناية لم تُجعل أكثر من الدية، والدليل عليه: أنَّ مَن قَتَلَ من الأحرار لم يجاوز به الدية، مع تفاضل الأنفس، وتفاوت ما بينهما، فثَبَتَ أنَّ قيمة النفس في الجناية لا يجوز أن تكون أكثر من الدية، وضمان العبد بالقتل من طريق الجناية، ولا يجوز أن يضمن بأكثر من الدية.

والدليل علىٰ أنَّ ضمانه من طريق الجناية: أنَّ العاقلة تتحمله، وتجب فيه الكفارة في الخطأ، والقَوَد في العمد.

ولا يشبه الغصب، فيضمن الغاصب قيمته بالغةً ما بلغت، من قِبَل أنَّ ضمان الغصب ضمان الأموال، وله أصل متفق عليه، فهو مردود إليه.

وأما ضمانه بالقتل، فهو من طريق الجناية، فكان مردوداً إلىٰ أنفس

(١) المبسوط ٢٧/٢٩.

(٢) مصنف عبد الرزاق ١٠/٩، السنن الكبرىٰ ٨/١٠٤.

(٣) ينظر مصنف عبد الرزاق ١٠/٩، السنن الكبرىٰ ٨/١٠٤.

الأحرار، في أنَّ قيمتها ليست بأكثر من الدية.

فإن قال قائل: لما اتفق الجميع علىٰ حطها عن دية الحر إذا كانت القيمة ناقصة، وجب مثله في الزيادة، لأنها قد أشبهت الأموال في جواز النقصان.

قيل له: وجوب النقصان لا يخرجه من ضمان الجنايات؛ لأن دية المرأة أنقص من دية الرجل، وضمانه ضمان الجنايات، ولا يجوز أن تزاد ديتها مع ذلك علىٰ دية الرجل الحر.

وكذلك دية الجنين أنقص من دية الحي، ولم ينف أن يكون ضمانه ضمان الجنايات، ولا يزاد علىٰ الدية من حيث نقص منها.

فإن قيل: لما لم يعتبر فيه قدر معلوم، وكان حكم التقويم قائماً مع إتلافه بالجناية، صح أنَّ حكمه حكم الأموال، دون الجنايات علىٰ الأحرار.

قيل له: وجوب التقويم، وكون بدله غير مقدر، لا يخرجه من حكم الجناية، ألا ترىٰ أنَّ ما تجب فيه الحكومة[1] من الجنايات علىٰ الأحرار غير مقدر، بل هو مقوَّم، ولا يُخرجه ذلك من أن يكون ضمانه ضمان الجناية، وأنه ليس بمال.

---

(١) حكومة العدل: هي الأرش غير المقدر في الشرع، ولا قصاص فيه بالاعتداء علىٰ ما دون النفس، من جرح أو تعطيل وغيرهما، ويترك أمر تقديره للحاكم بمعرفة أهل الخبرة والعدول، مثل قطع لسان الأخرس، والعين القائمة الذاهب نورها، واليد الشلاء، والرجل الشلاء، وذَكَرِ الخصي والعنِّين وغيرهم. ينظر المبسوط ٢٦/٧٤، بدائع الصنائع ١٠/٤٨٢٠.

وكذلك تقويم العبد بالقتل، لم يمنع لزوم قيمته العاقلة، ووجوب الكفارة في الخطأ، والقود في العمد، وكذلك لا يسلبه حكم ضمان الجناية في المنع من المجاوزة به الدية.

* وإذا ثبت أنه لا يجاوز بقيمته دية الحر: وجب النقصان؛ لأن الناس فيه علىٰ قولين: منهم مَن يجاوز بها الدية، فيوجبها بالغاً ما بلغ، ومنهم مَن لا يجاوز بها الدية، وكل مَن لم يجاوز بها الدية: نقص عنها، فلما صح عندنا بما ذكرنا[1] أنه لا يُجاوَز بها الدية: وجب أن ينقص عنها.

* وإنما كان النقصان عشرة دراهم؛ لأن كل مَن أوجب النقصان، لم يقدر بغير ذلك.

مسألة : [دية أعضاء العبيد]

قال أبو جعفر : (وفي أُذُنِ العبد إذا قُطِعت، وحاجِبِه إذا نُتِف فلم ينبت: النقصان)[2].

قال أبو بكر : وروىٰ محمد في إملائه عن أبي حنيفة: أنَّ في إحدىٰ أُذُنَي العبد، أو إحدىٰ حاجبيه: نصف القيمة، كما يجب في الحر نصف الدية[3].

وهذا الذي حكيناه عن أبي حنيفة من رواية محمد، هو مرجوعٌ عنه، وحاصل الجواب فيه هو ما ذكره أبو جعفر.

---

(١) وفي (ق.ج): «نقص عنها، لاتفاق الجميع أنه لا يجاوز».

(٢) بدائع الصنائع ٤٧٩٧/١٠.

(٣) الهداية مع تكملة شرح فتح القدير ٢٨٢/١٠.

روىٰ الرجوعَ أبو يوسف.

وفي قول أبي يوسف ومحمد في ذلك مثل قول أبي حنيفة الآخر.

والأصل في ذلك: أنَّ الجنايات علىٰ الأحرار يعتبر فيها ذهاب الزينة علىٰ حيالها، والنفع علىٰ حياله[١].

والدليل علىٰ صحة ذلك: اتفاق الجميع من فقهاء الأمصار أنَّ في إحدىٰ أذني الحر: نصف الدية، وعُظْم ما يراد منها الزينة، فقد رُوي عن النبي عليه الصلاة والسلام «أنَّ في الأُذن نصف الدية»[٢]، رواه محمد بن إسحاق عن مكحول عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم مرسلاً.

وكذلك الأنف: فيه الدية[٣]، والمبتغىٰ منه الجمال، وفي اليدين: الدية، وكذلك العين إذا ذهب ضؤوها، والأسنان، وسائر الأعضاء[٤] التي فيها المنافع.

وكذلك في ذهاب العقل، أو ماء الصلب[٥] من ضربة: ففيه الدية، وإنما أبطل المنفعة، فثبت بذلك أنَّ الجنايات علىٰ الأحرار يُعتبر فيها الجمال علىٰ حياله، والنفع علىٰ حياله[٦].

---

(١) الهداية مع تكملة شرح فتح القدير ٢٧٩/١٠.

(٢) السنن الكبرىٰ ٨٥/٨، قال الزيلعي في نصب الراية ٣٧١/٤: إنه غريب، وقد ذكره من مراسيل سعيد بن المسيب.

(٣) مصنف ابن أبي شيبة ١٥٤/٩، سنن النسائي ٥٢/٨.

(٤) كتاب الأصل ٤٤١/٤.

(٥) وفي (ق.ج): «إذا ذهب عقله أو ذهب ماء صلبه».

(٦) بدائع الصنائع ٤٧٩٤/١٠.

وأما الجنايات علىٰ العبيد[1] : فإنما يعتبر فيها المنفعة فحسب؛ لأن ذلك عُظْم ما يراد منها، وشعر الحاجب واللحية والأذن إنما أعظم ما يراد منها الجمال، فلا يجب فيها أرش مقدر، وإنما يجب النقصان، كما يجب في الدابة وسائر الحيوان التي هي أموال.

وأيضاً: فإن الجناية فيما دون النفس علىٰ العبيد، لما كان حكمها حكم ضمان الأموال، من جهة سقوط القصاص في عَمْدها، أشبهت الجناية علىٰ سائر الأموال من غير بني آدم، إذ كان عُظْم ما يراد منها وجود النفع.

مسألة : [لا قصاص بين العبيد فيما دون النفس]

قال أبو جعفر : (ولا قصاص بين العبيد فيما دون النفس، ولا بين الأحرار والعبيد)[2].

قال أبو بكر : وذلك لوجود اعتبار المساواة فيما دون النفس، فلا تؤخذ يد الحرِّ بيد العبد، لعدم المساواة.

ولا تؤخذ يد العبد بيد الحر، لمعنىٰ آخر، وهو أنَّ حكم اليدين مختلف في باب تقويم إحداهما، وعدم تقويم الأخرىٰ، فلم تؤخذ إحداهما بالأخرىٰ وإن كانت يد القاطع أنقص، كما لم تؤخذ يد اليسرىٰ باليمنىٰ، لاختلافهما فيما يتعلق بهما من الحكم.

ألا ترىٰ أنَّ اليمنىٰ تقطع في السرقة وقطع الطريق، ولا تقطع اليسرىٰ

---

(١) المرجع السابق ص٤٧٩٧.

(٢) كتاب الحجة ٤/٢٦٥-٣١٩.

عندنا، فلما اختلف حكمها، لم تؤخذ إحداهما بالأخرىٰ.

وكذلك يد الحر والعبد، ويد الرجل والمرأة.

ولا تؤخذ يد العبد بيد العبد؛ لأن المساواة بينهما إنما تُعلم من طريق التقويم والاجتهاد، ولا يجوز إيجاب القصاص علىٰ هذا الوجه.

والدليل علىٰ صحة ذلك: أنَّ مَن قطع يد رجل من نصف الساعد: لم يقتص منه؛ لأن المساواة فيه لا تعلم إلا من طريق الاجتهاد، فصار ذلك أصلاً في امتناع إيجاب القصاص من جهة الاجتهاد.

مسألة: [القصاص بين النساء]

قال: (والقصاص واجبٌ بين النساء الحرائر في الأنفس وما دونها)[1].

وذلك لتساويهن في الأعضاء، لأن أروشها مقدرة، ولَسْنَ كالعبيد فيما بينهم فيما دون النفس؛ لأن أرش يد كلِّ واحدٍ منهم لا يُعلَم إلا من طريق التقويم.

مسألة: [القصاص بين الرجال والنساء]

قال: (ولا قصاص بين الرجال والنساء فيما دون النفس، والقصاص بينهن وبين الرجال في النفس).

وإنما لم تجب فيما دون النفس، لما بيَّنَّا من اختلاف حكم يد المرأة والرجل، والتساوي معتبر فيما دون النفس، ولا اعتبار به في النفس،

---

(١) بدائع الصنائع ١٠/٤٦١٨.

فلذلك وجب القصاص في الأنفس[١].

وقد رویٰ سعيد بن أبي عَروبة عن قتادة عن أنس «أنَّ النبي صلىٰ الله عليه وسلم: قَتَل رجلاً بامرأة»[٢]، وروي عن أنس من طرق.

وقد رویٰ موسیٰ بن إسماعيل عن حماد بن سلمة قال: أخبرنا يونس عن الحسن «أنَّ رجلاً جرح امرأته، فترافعوا إلىٰ النبي صلىٰ الله عليه وسلم، فقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: القصاص مرتين[٣]، فأنزل الله تعالىٰ: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ﴾[٤]. الآية[٥]، فقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «أردنا أمراً، وأراد الله غيره»[٦].

فصار أصلاً في نفي القصاص فيما بين الرجل والمرأة فيما دون النفس.

مسألة : [قتل الجماعة بالواحد]

قال أبو جعفر : (وتقتل الجماعة بالواحد، ولا تؤخذ يَدَانِ بيد)[٧].

قال أبو بكر : روي عن عمر أنه قتل جماعة بواحد من أهل اليمن،

---

(١) كتاب الحجة ٤٠٦/٤، مصنف عبد الرزاق ٤٥٠/٩.

(٢) صحيح البخاري ٤٠/٨، صحيح مسلم ١٢٩٩/٢.

(٣) تفسير الدر المنثور ٥١٢/٥.

(٤) النساء: ٣٤.

(٥) وفي (ق.ج): «إلىٰ قوله تعالىٰ من أموالهم».

(٦) تفسير الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٦٨/٥.

(٧) ينظر: أحكام القرآن للمؤلف ١٤٥/١، بدائع الصنائع ٤٦٢٩/١٠، المغني والشرح الكبير ٣٦٧/٩.

وقال: «لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتُهم به»[١]، وذلك بحضرة الصحابة، من غير خلافٍ ظَهَر من أحدٍ منهم عليه، فصار إجماعاً.

وأيضاً: قال الله تعالىٰ: ﴿مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا﴾[٢]، فجعل قاتل الواحد كقاتل جماعة[٣]، فإذا اشترك جماعة[٤] في قتل رجل، فصاروا كلهم في حكم مَن قتلوا الناس جميعاً، فيقتلون كلهم.

وأيضاً: قوله: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا﴾[٥]، ولم يفرِّق بين مَن قتله واحد أو اثنان، وقد ثبت أنَّ السلطان المذكور هو القود، فيجب أن يثبت له علىٰ جماعتهم.

وأيضاً: النفس لا تتبعض في الإتلاف، وكل واحد منهم في الحكم كأنه أخذ بجميعها، فوجب عليه القود، ألا ترىٰ أنَّ التطليقة لما لم تتبعَّض، كان إيقاعه لبعضها إيقاعاً لجميعها، كذلك مشاركته لغيره في أَخْذ النفس، وهي لا تتبعض كأخذ جميعها، فلزمه القود.

---

(١) السنن الكبرىٰ ٨/٤١.

(٢) سورة المائدة: ٣٢.

(٣) وفي (ق.ج): «الناس».

(٤) كتاب الأصل ٤/٤٨٥.

(٥) الإسراء: ٣٣.

ويدل عليه أيضاً: قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «العمد قود»[١].

فإن قال قائل: روىٰ يزيد بن هارون عن جويبر عن الضحاك عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال: «لا يُقتل اثنان بواحد»[٢].

قيل له: يحتمل أن يكون في رجلين قُتِلا، وأحدُهما مَن لا يجب عليه القصاص، وتكون دلالته ما قدَّمنا.

فإن قال قائل: قوله تعالىٰ: ﴿ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾[٣] ينفي أَخْذ النفسَيْن بالنفس.

قيل له: إنما أوجب أَخْذ النفس بالنفس، والنفسان بالنفس لا ذِكْرَ له في الآية، فهو موقوفٌ علىٰ دليله.

وإن قيل: قوله: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى﴾: ينفي قتل الأنفس بالواحد، لأن القصاص يقتضي المماثلة والمساواة، والنفس الواحدة غير مساوية للجماعة.

قيل له: لا دلالة فيها علىٰ ما ذكرت؛ لأن القصاص ليس هو أن يستوفيَ مثل ما أتلف عليه في مقادير أجزائه، لأن الكبير يُقتل بالصغير، وإنما معنىٰ القصاص: أن يتلف عليه نفسه، كما أتلف نفس المقتول، وقد قلنا إن كل واحد من هؤلاء متلِف للنفس في الحكم.

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) مصنف ابن أبي شيبة ٣٤٩/٩، مصنف عبد الرزاق ٤٧٩/٩، وهذا قول بعض العلماء، وما وجدت الحديث بهذا اللفظ.

(٣) سورة المائدة: ٤٥.

وكذلك إن احتجَّ بقوله تعالىٰ: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾[١].

قلنا له: إن هذا إنما أتلفنا عليه مثل ما تناول؛ لأنه متناوِل لجميع النفس في الحكم، إذ كانت النفس لا تتبعض في الإتلاف، فيستحق عليه مثل ما أتلف.

* وأما اليدان فلا تؤخذان بيد واحدة[٢]؛ لأن اعتبار المساواة واجب فيما دون النفس، بدلالة أنَّ اليد الصحيحة لا تؤخذ بالشلاّء بالاتفاق، فكذلك لا تؤخذ يدان بيد[٣].

مسألة: [القصاص بين الوالد والولد]

قال: (ولا قصاص بين والدٍ وولده فيما جناه الوالد في النفس، ولا فيما دونها)[٤].

وذلك لما روىٰ عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: سمعت النبي صلىٰ الله عليه وسلم يقول: «لا يُقْتَل والدٌ بولده»[٥].

---

(١) سورة البقرة: ١٩٤.

(٢) كتاب الأصل ٤/٤٩١.

(٣) تكملة شرح فتح القدير ١٠/٣٣٧.

(٤) كتاب الأصل ٤/٤٩١، الهداية مع تكملة شرح فتح القدير ١٠/٢٢١.

(٥) سنن الترمذي ٤/١٢ ح١٤٠٠ وسكت عنه، سنن ابن ماجه ٢٦٦١، مسند أحمد ١/٤٩، سنن البيهقي ٨/٣٩، وينظر تحفة المحتاج لابن الملقن ٢/٤٤٥ (١٥٤٧)، وقد أفاد صحته.

ولقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «أنت ومالك لأبيك»[١]، فأضافه إليه كما أضاف إليه ماله، وإطلاق هذه الإضافة ينفي القَوَد، كما لم يقتل المولىٰ بالعبد؛ لإضافته إليه بالملك[٢].

وكون الأب غير مالك لابنه، لا ينفي استدلالنا من الوجه الذي قلنا؛ لأن القود تُسقطه الشبهة، وصحة إطلاق الإضافة كإضافة الملك شبهةٌ في سقوطه.

ويدل عليه: ما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «أولادكم من كسبكم، فكلوا من كَسْب أولادكم»[٣]، فأضاف الولد إليه، وسماه كسباً، كما أنَّ عبده كسبُه، فصار ذلك شبهةً في سقوط القود.

وأيضاً: لا خلاف بين الفقهاء في أنه لو حَذَفَه بسيفه، فقتله: لم يُقْتَل به، فكذلك إذا ذبحه.

كما لم يختلف حكم القود في الأجنبي في حَذْفه إياه بالسيف، أو ذَبْحه، فلما انتفىٰ القود في أحدهما: دل علىٰ أنه إنما لم يُقتل في حَذْفه إياه بالسيف، لأنه ممن لا يقتل به بحال.

---

(١) أبو داود ٣/٨٠١ ح٣٥٣٠، صحيح ابن حبان ٢/١٤٢، ١٠/٧٢، وينظر لتصحيحه فتح الباري ٥/٢١١، عمدة القاري ١٣/١٤٢.

(٢) في الأصل: «كما ينفي أن يقاد المولىٰ بعبده؛ لإضافته إليه بلفظ يقتضي الملك في الإطلاق».

(٣) أبو داود ٣/٨٠١ ح٣٥٣٠، سنن الترمذي ٣/٦٣٩ ح١٣٥٨، قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

فإن قال قائل: لأنه يملك تأديب ابنه، وحَذْفه إياه بالسيف علىٰ وجه التأديب.

قيل له: لا يجوز له تأديبه بالسيف بلا خلاف، فلا فرق في هذا بينه وبين الأجنبي.

فإن قيل: فأوجِب القود عليه إذا قَتَل ابنه وهو عبدٌ لحقِّ المولىٰ.

قيل له: لا يجوز ذلك، من قِبَل أنَّ المولىٰ لا يملك هذا المعنىٰ من عبده، ألا ترىٰ أنه لا يجوز له قتله، ولا يجوز إقراره أيضاً عليه بالقتل، فلا فرق بين أن يكون حراً أو عبداً في نفي القصاص عن الأب.

وأيضاً: فإن أحداً لم يفرِّق بينهما.

ويدل علىٰ صحة قولنا: أنَّ الابن لو ورث قوداً علىٰ الأب من جهة غيره: لم يكن له أن يقتله، فدل علىٰ أنه لا يملك القود عليه بحال.

مسألة: [قَطَعَ يمينَ رجلَيْن عمداً]

قال: (وإذا قطع يمين رجلَيْن عمداً: كان لهما أن يقطعا يده اليمنىٰ، ويضمِّناه دية يدٍ بينهما[1].

ولو قتل رجلٌ رجلين: قُتِل بهما، ولا شيء عليه لهما غير ذلك).

قال أبو بكر: وإنما كان هذا هكذا، من قِبَل أنهما إذا أخذا اليد بينهما، فكل واحد منهما مستوفٍ لنصفها، واعتبار المساواة واجب فيما دون النفس، فلم يجز أن نجعله مستوفياً لجميع حقه، وهو إنما استوفىٰ نصفه، فبقي له إلىٰ تمام حقه النصف، فيستوفيه من المال؛ لأن القاطع

(١) بدائع الصنائع ١٠/٤٧٦٩.

ممسك[١] لذلك لنفسه، لأنه قضىٰ به حقاً عليه، فانتقل حق المقطوع إلىٰ المال.

* وأما النفس: فلما سقط فيها اعتبار المساواة: جاز أن يكون مستوفياً لحقه بأخذ بعض النفس مع صاحبه، كما لو اقتص منه وهو مريض، كان مستوفياً لحقه، ولم يكن له خيار في العدول عنه إلىٰ المال قبل القتل.

ولو قطع يدَه، ويدُ القاطع شلاء: كان له أن يعدل عن القصاص إلىٰ المال، لأجل نقصان يده عن يده.

وأيضاً: فلما كانت اليد قد يجب فيها مال من غير شبهة، أشبهت الجناية علىٰ الأموال من هذا الوجه.

والدليل علىٰ أنه قد يجب فيها المال من غير شبهة: أنَّ يد القاطع إذا كانت شلاء: كان للمقطوع يده أَخْذُ الدية، ولا يجب مثله في النفس إذا كان القاتل ناقصاً عن المقتول.

ويدل علىٰ الفرق بينهما: ما قدَّمناه من أنه لا يجوز أَخْذ اليدين باليد الواحدة، ويجوز أَخْذ النفسين بالنفس الواحدة.

ومن أجل ذلك قال أصحابنا فيمن قَتَلَ رجلين عمداً، ثم حضر ولي أحدهما، فاستوفىٰ القصاص لنفسه: أنه لا شيء للآخر.

ولو قطع يديهما، فحضر أحدهما، واستوفىٰ اليدَ بالقصاص: كان للآخر دية اليد؛ لأنه قد ثبت بما قدمناه أنَّ استحقاق بعض اليد يوجب

---

(١) وفي (ق.ج): القاطع كأنه ممسك.

المال، فكذلك استحقاق جميعها.

ولما كان استحقاق بعض النفس لا يوجب المال، كذلك كان استحقاق جميعها ، فثبت بما وصفنا إيجاب الفَرْق بين مَن قَطَعَ يدَ رجلين فقُطِع لهما، وبين قَتْل رجلين إذا قُتِل لهما.

مسألة : [اجتمع في الجناية مَن لو تفرَّد بها وجب القصاص مع من لو تفرد بها لم يجب القصاص]

قال(١) : (وإذا اجتمع في الجناية مَن لو تفرَّد بها وجب القصاص فيها، ومَن لو تفرَّد بها لم يلزمه القصاص: لم يكن عليهما فيها قصاص.

وكان عليهما الدية: علىٰ الذي لو تفرد بها كان عليه القصاص: في ماله، وعلىٰ الآخر: علىٰ عاقلته)(٢).

قال أبو بكر : الأصل فيه: أنَّ النفس لما لم تتبعض في الإتلاف، وكانت محظورة في الأصل، ثم اجتمع فيها سبب الإباحة، وهو قتل مَن يجب عليه القود، وسبب الحظر، وهو قتل مَن لا قود عليه: كان سقوط القود لوجود جهة الحظر أَوْلىٰ من وجوبه، لوجود جهة الإباحة، أعني إباحة دم القاتل.

والدليل علىٰ صحة ذلك: اتفاق الجميع علىٰ أنَّ أحدهما لو كان مخطئاً، والآخر عامداً: لم يقتل العامد، وكذلك إذا كان أحدهما مجنوناً، والآخر صحيحاً، أو أحدهما بسيف، والآخر بعصا: وجب

---

(١) مختصر الطحاوي ص٢٣١.

(٢) كتاب الحجة ٤/٢٦٩.

أن يكون وجود فعل مَن لا يستحق عليه القود بفعله مسقِطاً للقود عن الآخر.

ويدل عليه: الجارية بين رجلين، إذا وطئها أحدهما: لم يجب عليه حدٌّ؛ لأن ظهره محظور، فلا يستباح مع وجود سبب[1] الإباحة والحظر معاً، وكان اعتبار جهة الحظر أَوْلىٰ.

ووجه آخر في أنَّ سقوط القود فيما وصفنا أَوْلىٰ من وجوبه: وهو أنَّ القود قد يتحول مالاً بعد ثبوته، والمال لا يتحول قصاصاً بوجه، فكان ما لا ينفسخ إلىٰ غيره، أَوْلىٰ بالإثبات مما ينفسخ.

وليس هذا كرجلين قَتَلا رجلاً عمداً، وعفا الولي عن أحدهما: فيقتل الآخر، من قِبَل أنهما قد استحقا القود بدءاً، وسقوطه عن الآخر بالعفو، ليس بشبهة في سقوطه عن الآخر، ولو كان هذا موجباً للقصاص في مسألتنا، لأوجبه[2] إذا كان أحدهما مخطئاً، والآخر عامداً، فلما لم يدل ذلك علىٰ وجوب القصاص علىٰ العامد فيما إذا كان الآخر مخطئاً، كذلك فيما وصفناه.

وأيضاً: فإنه إذا عفا عن أحدهما، فقد سقط حكم قتله، وصار بمنزلة مَن لم يشارك فيه، فلذلك وجب القود علىٰ الآخر.

وأما المجنون، فحكم فعله ثابت علىٰ وجه الخطأ، وذلك موجِب لحظر الدم، فلذلك اختلفا.

---

(١) وفي (ق.ج): «السببين أي سبب الإباحة وسبب الحظر وكانت جهة الحظر أولىٰ».

(٢) وفي (ق.ج): «لأوجب القصاص أيضاً في القاتلين».

وأيضاً: فإن كلامنا فيما يتعلق حكمه بالفعل من الإيجاب، فلا يجوز أن يلزم عليه البقاء، لأن البقاء غير الوجوب بدءاً، وقد يختلف حكم الابتداء والبقاء في كثيرٍ من الأصول، نحو العدة تمنع ابتداءً عقد النكاح، وإذا طرأت عليه لم تمنع بقاءه، وإباقُ العبد يمنع ابتداء العقد، ولو أبق بعد البيع، لم يفسد العقد.

فإن احتجوا بظواهر الآي والسنن الموجبة للقود علىٰ العامد.

قيل لهم: ما وصفنا من الدلالة يخصه.

وأيضاً: فإن الظواهر إنما أوجبت القود في العمد، وهذا في حكم الخطأ بما وصفنا.

وأيضاً: كما لا تلزمك ظواهر الآي والسنن في إسقاطك القود عن العامد مع المخطىء، كذلك لا تلزمنا في العاقل[1] مع المجنون.

* **قال أبو بكر**: وأما قوله: إنما يلزم العامد الذي لو انفرد لزمه القصاص: في ماله، وما لزم الآخر: فعلىٰ عاقلته: فمن قِبَل أنَّ فعل العامد لا شبهة فيه، وهو يوجب القصاص لو انفرد، وإنما سقط بفعل الآخر، فصار كأحد وليي الدم إذا عفا: فيلزم القاتل نصيب الآخر في ماله.

وأما فعل الآخر: فإنه لم يكن مما يوجب القود لو انفرد، فصار خطأً، فلزم عاقلته.

ولهذا المعنىٰ قال أصحابنا في الأب إذا قتل ابنَه عمداً: أنَّ عليه الدية

(١) وفي (ق.ج): «القاتل».

في ماله[١]؛ لأن فعله عمد لا شبهة فيه، فاستحق به القصاص، وسقط في الثاني حين تعذَّر استيفاؤه.

كذلك إن قطع رجلٌ يد رجلٍ من نصف الساعد عمداً: فعليه الأرش في ماله؛ لأن فعله عمدٌ لا شبهة فيه، وسقوط القود لتعذُّر استيفائه.

* * * * *

(١) كتاب الأصل ٤/٤٦٤.

باب كيفيات القتل والجراحات

قال أبو جعفر[١]: (والقتل علىٰ ثلاثة أوجه: عمدٌ، وخطأ، وشِبْه عمد.

فأما العمد: فهو ما تعمَّده بسلاحٍ، أو بغيره مما يجرح، فقتله به: ففيه القَوَد[٢]، وهو القصاص بالسيف، لا بما سواه، ولا دية فيه، إلا أن يصطلح علىٰ ذلك الجاني وولي المجنيِّ عليه، فيبطل القَوَد، ويكون ما اصطلحا عليه علىٰ الجاني في ماله حالاً، إلا أن يكون وقع الصلح بينهما علىٰ أنه إلىٰ أجل، فيكون إلىٰ ذلك الأجل).

قال أبو بكر: قد جمع عدة مسائل في هذا الفصل قبل استيفاء أحكام وجوه القتل الذي بدأ بذكرها، فالوجه[٣] أن نتكلم في كل مسألة منها، ثم نرجع إلىٰ باقي أقسام القتل التي ابتدأ بها.

فمنها: حقيقة قتل العمد الموجِب للقود باتفاقٍ من أصحابنا.

ومنها: أنَّ قتل العمد لا يوجب الدية إلا بتراضيهما عليها، وهذه المسألة قد اختلف فيها فقهاء الأمصار[٤]، فقال بعضهم: للولي أن يختار

---

(١) مختصر الطحاوي ص٢٣٢، أحكام القرآن للمؤلف ١/١٦٠.

(٢) كتاب الأصل ٤/٤٣٧.

(٣) وفي (ق.ج): «فنحتاج».

(٤) أحكام القرآن ١/١٤٩، بداية المجتهد ٢/٤٠١، مغني المحتاج ٤/٤٨، فتح الباري ١٢/٢٠٩، نيل الأوطار ٧/٩.

الدية بغير رضا القاتل[1].

ومنها: جواز الصلح من قتل العمد علىٰ مال.

ومنها: أن ما يقع عليه الصلح من مال، فهو حالٌّ في ماله ما لم يشترط فيه الأجل[2].

* فأما حقيقة العمد الذي وصفه، فلا خلاف في وجوب القود به، ويقتضيه عموم قوله تعالىٰ: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِي ٱلْقَتْلَى﴾[3]، وقوله: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا﴾[4]، وقوله: ﴿ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾[5]، وقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «العمد قود»[6].

وأما الدليل علىٰ أنَّ القتل العمد لا تُستحق به الدية إلا بتراضيهما: فقوله تعالىٰ: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِي ٱلْقَتْلَى﴾[7].

فأوجب القصاص بالآية، ولم يذكر المال، فلا يجوز إثبات المال

---

(١) وإلىٰ هذا القول ذهب الإمام مالك في رواية عنه، والشافعي في المشهور، والإمام أحمد في رواية عنه، والأوزاعي، وأبو ثور، وإسحاق، وابن سيرين، انظر المراجع السابقة.

(٢) ينظر أحكام القرآن للمؤلف ١/١٤٩.

(٣) البقرة: ١٧٨.

(٤) الإسراء: ٣٣.

(٥) المائدة: ٤٥.

(٦) سبق تخريجه.

(٧) البقرة: ١٧٨.

فيه؛ لأنه زيادة في النص(١)، ولا يجوز عندنا الزيادة في النص إلا بمثل ما يجوز به النسخ.

وقوله: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا﴾(٢)، وقد ثبت باتفاق الجميع أنَّ القود مراد، فصار القود كالمنطوق به في اللفظ، إذ كان مراداً بالاتفاق، فصار تقديره: ومن قُتِل مظلوماً، فقد جعلنا لوليه قَوَداً، فيكون هو الواجب دون غيره.

ويدل عليه قوله: ﴿ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾(٣).

ومن جهة السنة: حديث إسماعيل بن مسلم عن عمرو بن دينار عن طاوس عن ابن عباس قال: قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: «العمد قود إلا أن يعفوَ ولي المقتول»(٤)، فلم يجعل للولي إلا أحدَ شيئين: القود، أو العفو، وموجِبُ الدية مخالِف للخبر.

وروىٰ سليمان بن كثير عن عمرو بن دينار عن طاوس عن ابن عباس قال: قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: «مَن قُتِل في عِمِّيًّا، أو رِمِّيًّا يكون بينهم بحَجَر أو بسَوْط أو بعصا، فعَقْله عَقْل خطأٍ، ومن قُتِل عمداً فَقَوَدٌ به، فمَن حال بينه وبينه، فعليه لعنة الله والملائكة

---

(١) أحكام القرآن ١/ ١٥٠.

(٢) الإسراء: ٣٣.

(٣) المائدة: ٤٥.

(٤) مصنف ابن أبي شيبة ٩/ ٣٦٥، ومن طريقه ابن حزم في المحلىٰ ١٠/ ٤٥٣، وينظر نصب الراية ٤/ ٣٢٧.

والناس أجمعين»[1].

فأوجب في العمد القود، لا غير، ولَعَنَ مَن مَنَعَ منه، فانتفىٰ به الخيار في أَخْذ الدية من ثلاثة أوجه:

أحدها: أنَّ في إثبات الخيار زيادة في النص، ولا يجوز ذلك عندنا إلا مثل ما يجوز به النسخ.

والثاني: أنَّ في الأصول: أنَّ كل مَن ثبت له حق علىٰ غيره، فليس له نَقْله إلىٰ البدل إلا بتراضيهما، ألا ترىٰ أنَّ مَن كان له علىٰ آخر دراهم، فليس له نقلها إلىٰ الدنانير إلا برضاه، وكذلك سائر الحقوق لا تنتقل إلىٰ الأبدال إلا بالرضا.

والثالث: أنَّ قوله: «مَن قُتِل عمداً فقَوَدٌ به»: يقتضي وجوب القود أبداً، إلا في حالٍ يقوم الدليل علىٰ جواز إسقاطه.

فإن قال قائل: قوله تعالىٰ: ﴿فَمَنْ عُفِىَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَىْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَٰنٍ﴾[2] بعد قوله: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى﴾: يدل علىٰ أنَّ للولي أَخْذَ الدية بغير رضا القاتل؛ لأنه قد أوجب المال بعد العفو عن القصاص، وألزم الآخر الأداء إليه بإحسان، وقد أثبت المال مع القصاص علىٰ وجه التخيير.

---

(١) بمعناه أبو داود ٤/٦٧٦، سنن ابن ماجه ٢/٨٨ ح٢٦٣٥، شرح السنة ١٠/٢١٩، ومعنىٰ: عِمِّيًّا أو رِمِّيًّا: أن يترامىٰ القوم فيوجد بينهم قتيل لا يُدرىٰ مَن قاتله، ويَعمىٰ أمره، فلا يتبين، ففيه الدية.

(٢) البقرة: ١٧٨.

قيل له: ليس في الآية دليل علىٰ ما ادَّعيت؛ لأن اسم العفو في اللغة يقع علىٰ التسهيل والتوسعة والفضل، كقوله: ﴿فَتَابَ عَلَيْكُمْ وَعَفَا عَنكُمْ﴾[١]، معناه: سهَّل عليكم، وكقوله: ﴿خُذِ ٱلْعَفْوَ﴾[٢]: يعني الفضل.

فاحتمل أن يكون عفواً من جهة القاتل، بأن يسهِّل ويسمح بإعطاء الدية برضا الولي، فنَدَبَ الوليَّ إلىٰ اتّباعه بالمعروف، وأَمَرَ القاتل بأدائه إليه بإحسان، وتكون فائدته: تسهيله علينا، وتخفيفه عنا في إباحة أَخْذ المال عن القصاص.

وقد روي عن ابن عباس أنه لم يكن في بني إسرائيل غير القصاص في العمد، ولم يكن بينهم الدية، فقال الله تعالىٰ لهذه الأمة: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى ﴾ الآية.

قال ابن عباس: فالعفو أن يقبل الولي الدية في العمد، فاتِّباعٌ بالمعروف، وأداء إليه بإحسان.

قال: علىٰ هذا أن يتبع بالمعروف، وعلىٰ هذا أن يؤديَ بإحسان[٣] ﴿ذَٰلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ﴾ فيما كان كتب علىٰ مَن قبلكم. رواه مجاهد وغيره[٤] عن ابن عباس.

---

(١) البقرة: ١٨٧.

(٢) الأعراف: ١٩٩.

(٣) شرح معاني الآثار ١٧٥/٤، أحكام القرآن ١٥١/١، فتح الباري شرح صحيح البخاري ٢٠٥/١٢.

(٤) وفي (ق.ج): «مجاهد وجابر».

وقال فيه جابر بن زيد: «العفو»: أن يقبل الدية في العمد برضا أهله.

فأطلق ابن عباس اسم العفو علىٰ إعطاء القاتل الدية، وأبان فائدة الآية في تخفيفه عنا ما كان مغلَّظاً[١] علىٰ بني إسرائيل من وجوب القصاص لا غير.

فإن قيل: العفو في اللغة هو: ترك حقٍّ له إلىٰ بدل.

قيل له: إن العفو يقع علىٰ ما ذكرت، وعلىٰ ما قلنا أيضاً، ولولا أنَّ اسم العفو يحتمل ما وصفنا، لما تأوله ابن عباس عليه، إذ غير جائز لأحدٍ أن يتأول الآية علىٰ معنىٰ لا يصلح أن يكون اللفظ عبارة عنه بحال.

وعلىٰ أنَّ[٢] ابن عباس حين قال: إن العفو يقع علىٰ بَذْل القاتل الدية، فليس يخلو من أن يكون قاله من طريق اللغة أو الشرع، فإن قاله من جهة اللغة، فهو حجة فيها، إذ كان من أهلها، وإن قاله من جهة الشرع، لم يقله إلا توقيفاً؛ لأن أسماء الشرع لا تؤخذ إلا توقيفاً.

وعلىٰ أنه إن كان اسم العفو يقع علىٰ ما ذكرتَ من إسقاط حق إلىٰ بدل، فقد هدمتَ أصلكَ ونقضتَه علىٰ لسانك؛ لأنك إذا جعلت له الدية، فإنما أسقطت القود إلىٰ بدل آخر غيره، وذلك خلاف ما يقتضيه اللفظ، فيدل علىٰ أنَّ المراد ما وصفنا، وأنه لو كان الأمر علىٰ ما زعم[٣] لقال: ﴿فمن عفىٰ عنه﴾، ولم يكن يقول: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ﴾، ومعناه صحيح؛ لأنه

(١) وفي (ق.ج): «تُعُبِّد به بني إسرائيل».

(٢) وفي (ق.ج) «وعن ابن عباس خبر آخر: أنَّ اسم العفو يقع علىٰ ما تدل الآية».

(٣) وفي (ق.ج): «قالوا».

قال: فمن سهَّل له بإعطاء المال، فليأخذه.

ويعضد هذا التأويل قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسٍ منه»[١]، وقول الله تعالىٰ: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾[٢].

فحظَرَ أَخْذ مال الغير إلا بالتراضي، فوجب أن يُحمل معنىٰ ما اختلفنا فيه علىٰ موافقة[٣] هذه الألفاظ، وهو مع ذلك عموم يصح الاحتجاج به ابتداء في المسألة.

ووجه آخر في تأويل الآية: وهو أنه يحتمل أن يكون المراد عَفْو بعض الأولياء، فيتَّبعُ مَن لم يعف بحصته من الدية، ودلالة هذا التأويل ظاهرة في فحوىٰ الآية من وجهين: أحدهما: قوله ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ﴾، و«مِن»: للتبعيض.

والآخر: قوله: ﴿شَيْءٌ﴾: لم يقل: «الكل».

ويصححه أيضاً: أنَّ الذي أُمر بالاتِّباع هو غير العافي، فدل أنَّ المال ثبت له بعفو غيره.

ودليل آخر: وهو أنَّ النفس مما له مثل يستحقه الولي، وهو القود، فوجب أن يكون القود هو الواجب، لقوله: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ

---

(١) سنن الدارقطني ٢/ ٣٠٠.

(٢) النساء: ٢٩.

(٣) وفي (ق.ج): «علىٰ عموم».

بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾[١].

ويدل علىٰ صحة ذلك أيضاً: اتفاق الجميع علىٰ أنَّ مَن استهلك ما له مِثْلٌ، كان المِثْل هو الواجب دون القيمة، فوجب أن يكون المستَحقُّ بالقتل هو القود لا غير، وأن لا يُنقل إلىٰ القيمة إلا بالتراضي.

ويدل عليه أيضاً: أنَّ ما دون النفس لما كان له مِثْل، لم يجز نقله إلىٰ القيمة إلا بالتراضي.

وأما ما روىٰ أبو شريح الكعبي وأبو هريرة عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم «أنَّ مَن قتل قتيلاً فأهله بين خِيرتين: بين أن يأخذوا العَقْل، وبين أن يقتلوا»[٢]، فإن معناه عندنا: إباحة الدية برضا القاتل.

والدليل عليه: ما ذُكر في حديث محمد بن إسحاق عن الحارث بن الفضيل عن سفيان بن أبي العوجاء عن أبي شريح الخزاعي أنَّ النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال: «مَن أُصيب بقَتْل، أو بخَبْل، فإنه يختار إحدىٰ ثلاث: إما أن يقتص، وإما أن يعفو، وإما أن يأخذ الدية»[٣].

فسوَّىٰ بين القتل وبين الخَبْل، والخَبْل: الجراح[٤].

---

(١) البقرة: ١٩٤.

(٢) سنن أبي داود ٤/٦٤٤، ح٤٥٠٤، سنن ابن ماجه ح٢٦٢٣، وتقدم.

(٣) شرح معاني الآثار ٤/١٧٤، سنن أبي داود ٤/٦٣٦ ح٤٤٩٦.

(٤) الخبل: بسكون الباء: فساد الأعضاء، ويقال: رجل خَبِل: أي من أُصيب بقتل نفس، أو قطع عضو، يقال: بنو فلان يطالبون بدماء، وخَبْل: أي بقطع يد أو رِجْل. النهاية لابن الأثير ٢/٨. وفي القاموس المحيط (خبل): الخَبْل: فساد الأعضاء، والفالج، وقطع الأيدي والأرجل. اهـ.

وقد اتفق الجميع أنه لا يأخذ الأرش فيما دون النفس إلا برضا الجارح كذلك النفس.

فإن قيل: العموم يقتضي إيجاب الخيار فيهما جميعاً، وإنما خصصنا ما دون النفس بدلالة، وبقي حكم العموم في النفس.

قيل له: وجميع ما قدَّمناه دليل علىٰ أنَّ رضا القاتل شرط في استحقاق الدية[(١)].

ويدل علىٰ صحة تأويلنا: ما روي في بعض ألفاظ الحديث: «إما أن يَقْتل، وإما أن يفادي»[(٢)]، والمفاداة تكون من اثنين، وهو كقول الله تعالىٰ: ﴿فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَآءً﴾[(٣)]، فكان رضا الأسير شرطاً في الفداء، وإن لم يكن مذكوراً في اللفظ، إذ كان لفظ المفاداة يقتضيه.

فإن احتجوا من جهة النظر بأن في دَفْع الدية إحياء نفسه، ومن قَدَرَ علىٰ إحياء نفسه كان عليه إحياؤها، فتلزمه الدية شاء أو أبىٰ.

قيل له: الموضع الذي يلزم فيه إحياء النفس لا يختلف فيه حكم الجاني وحكم غيره، في أنَّ علىٰ كل واحد منهم إحياء نفس مَن قد أشرف علىٰ التلف، كالمضطر إلىٰ الطعام والشراب، فيلزم علىٰ ذلك أن يُجبر الولي علىٰ أخذ الدية لإحياء نفس القاتل.

---

(١) بدائع الصنائع ١٠/٤٦٣٤.

(٢) سنن ابن ماجه ٢/٨٧٦.

(٣) محمد: ٤.

وأيضاً: كان ينبغي أن لا يختلف حكم الدية وما فوقها[١]، لأن مَن كان عليه إحياء نفسه لم يختلف فيه حكم الدية وما فوقها[٢].

وأيضاً: كما يلزمه إحياء نفسه، فعليه إحياء أعضائه، وقد اتفقوا أنه لا يؤخذ منه الأرش إلا برضاه.

فإن قيل: لما جاز الصلح من الدم علىٰ مال، دلَّ علىٰ أنَّ القتل يوجب المال باختيار الولي، كما يوجب القود.

قيل له: يجوز إيقاع الطلاق بمالٍ برضا المرأة، ولا يدل علىٰ أنَّ له أن يُلزمها المال بغير رضاها[٣].

فصل:

وأما جواز الصلح مِن قتل العمد علىٰ مال[٤]، فالأصل فيه: قول الله تعالىٰ: ﴿فَمَنْ عُفِىَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَىْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَٰنٍ﴾[٥].

وقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «مَن قُتِل له قتيل فأهله بالخيار: إن شاؤوا قَتَلوا، وإن شاؤوا أخذوا الدية»[٦].

ونُسِخَ بذلك ما كان علىٰ بني إسرائيل من وجوب القصاص لا غير،

---

(١) وفي (ق.ج): «وما دونها».

(٢) وفي (ق.ج): «وما دونها».

(٣) أحكام القرآن ١/١٥٤.

(٤) أحكام القرآن ١/١٥٧.

(٥) البقرة: ١٧٨.

(٦) سبق تخريجه.

تخفيفاً من الله عنا.

فصل :

وأما قوله: إن ما وجب من المال بالصلح من دم العمد، فهو في ماله حالٌّ : من قِبَل أنَّ هذا مال يستحقه بعقد، وكل مالٍ وجب عن عقد، فهو حالٌّ حتىٰ يُشترط الأجل، كأثمان البياعات، والمهور، وسائر الأبدال، لا تثبت الآجال فيها إلا بالشرط، كذلك ما وصفنا.

وليس هذا كقتل الخطأ[1]، ومَن قَتَل ابنه عمداً، فتكون الدية في ثلاث سنين، من قِبَل أنَّ المال في هذا الوجه وجب بنفس القتل لا بعقد، وقيمة النفس الواجبة بالقتل لا تجب إلا مؤجلة.

مسألة : [لا كفارة في القتل العمد علىٰ الجاني]

قال أبو جعفر : (ولا كفارة في ذلك علىٰ الجاني)[2].

قال أبو بكر : والأصل في ذلك عندنا: أنَّ المنصوص لا يقاس علىٰ غيره، ولا تصلح الزيادة فيه إلا بمثل ما يجوز به نَسْخه، لأن الزيادة في النص الذي يمكن استعماله علىٰ ظاهره، يوجب النسخ ، فلما نصَّ الله

---

(١) بدائع الصنائع ١٠/٤٦٥٥.

(٢) مختصر الطحاوي ص٢٣٢.

اختلف الفقهاء في إيجاب الكفارة في قتل العمد، فعند جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة لا تجب الكفارة في القتل العمد، لأنه لا قياس في الكفارات. انظر بدائع الصنائع ١٠/٤٦٥٧، بداية المجتهد ٢/٤١٨، المغني مع الشرح الكبير ١٠/٤٠، وعند الشافعية: تجب الكفارة في القتل العمد، كما تجب في شبه العمد والخطأ. انظر مغني المحتاج ٤/١٠٧.

تعالىٰ علىٰ قتل العمد بإيجاب القَوَد، دون الكفارة[1]، كما قضىٰ علىٰ حكم الخطأ بإيجاب الكفارة والدية: وجب علينا إجراء حُكْم كل واحدٍ من القتلَيْن علىٰ ما ورد به التوقيف، دون قياسه علىٰ صاحبه في زيادة فيه، أو نقصان منه.

كما أنه لما نصَّ علىٰ حكم الوضوء في أربعة أعضاء، وعلىٰ حكم التيمم في عضوين، لم يُرَدَّ أحدهما علىٰ الآخر في إكمال الأعضاء.

وكما أنه لما نصَّ علىٰ قطع يد السارق، ونص علىٰ قطع يد قاطع الطريق ورِجله، لم يُحمَل أحدهما علىٰ الآخر، إذ كان كل واحد منهما منصوصاً علىٰ حكمه.

فإن قال قائل: ليس قياس العامد علىٰ المخطىء قياس المنصوص علىٰ المسكوت؛ لأن الكفارة في العمد غير منصوص عليها.

قيل له: حكم قتل العمد منصوص عليه من غير إيجاب الكفارة، فلا تلحق به الكفارة مع القود؛ لأنه لا يخرجه ذلك من أن يكون قد قاس المنصوص علىٰ المنصوص، كما أنَّ العضوين في التيمم، وقَطْع الرِّجل في السرقة وإن لم يكن مذكوراً في الآية، لم يجز إيجابها قياساً علىٰ المذكور في الوضوء، إذ كل واحد منهما منصوص علىٰ حكمه.

فإن قيل: لما ذكر الشهادة في بعض المواضع مقيدة بوصف العدالة، ثم أطلقها في موضعٍ غير مقيدة بشرط العدالة، كانت العدالة مشروطة في الجميع، وكان المسكوت عنه[2] من صفة العدالة، محمولاً علىٰ

(١) انظر تفصيل المسألة في أحكام القرآن ٢/٢٤٥.

(٢) وفي (ق.ج): «عنه من العدالة مقيساً علىٰ المنصوص عليه منها».

المنصوص عليه فيها.

قيل له: ليس كذلك، لأنا إنما شرطنا العدالة في الجميع بعموم لفظٍ ينتظم سائر الشهادات، وهو قوله: ﴿إِن جَآءَكُمْ فَاسِقٌۢ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوٓا﴾[١].

فإن قيل: حملتم خطأ قتل الصيد علىٰ عمده، وإن كان المنصوص عليه هو العمد.

قيل له: لأن الخطأ غير منصوص علىٰ حكمه في الكتاب.

فإن قيل: قستم الآكل والشارب في شهر رمضان علىٰ المجامع في إيجاب الكفارة[٢].

قيل له: ليس كما ظننتَ، بل بعموم لفظٍ يقتضيها ، وهو ما روي أنَّ رجلاً قال: يا رسول الله! أفطرتُ في شهر رمضان[٣]، فأجابه عن الجميع بإيجاب الكفارة، فصار ذلك كعموم لفظ من النبي صلىٰ الله عليه وسلم في إيجابها علىٰ كل مفطر، إلا ما قام دليله.

وأيضاً: قد اتفق الجميع علىٰ أنَّ كفارة شهر رمضان غير مقصورة علىٰ ما ورد به الأثر، ألا ترىٰ أنَّ هناك معنىً مطلوباً به تعلَّق وجوب الكفارة، فساغ الاجتهاد في طلب المعنىٰ.

فإن قيل: حملتم التيمم علىٰ الوضوء في استيعاب اليدين إلىٰ المرفقين.

---

(١) الحجرات: ٦.

(٢) الهداية مع شرح فتح القدير ٢/٣٣٨.

(٣) ينظر نصب الراية ٢/٤٥١، أخرجه أصحاب الكتب الستة البخاري وغيره.

قيل له: ليس كذلك، بل لأخبارٍ رويت عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم في استيعابهما إلىٰ المرفقين، منها: ما روي في حديث عمار[(١)]، وفي حديث الأسْلَع، وحديث ابن عباس[(٢)].

وأيضاً: فإن من أصلنا: أنه لا يجوز إثبات الكفارات قياساً، وإنما طريقها التوقيف.

فإن احتجوا بما روىٰ ضمرة بن ربيعة عن إبراهيم بن أبي عَبْلة عن الغَرِيف بن الديلمي عن واثلة بن الأسقع قال: أتينا رسولَ الله صلىٰ الله عليه وسلم في صاحبٍ لنا قد أَوْجب ـ يعني النار ـ بالقتل، فقال: «أعتقوا عنه يعتق الله بكل عضوٍ منه عضواً منه من النار»[(٣)].

قيل له: هذا الحديث لا يصححه أهل المعرفة بالحديث، وذلك لأن الغريف بن الديلمي مجهول لا يُدرىٰ مَن هو؟ ولا يُعرف إلا من هذا الحديث[(٤)].

وعلىٰ أنه لو صحَّ، لم تثبت الزيادة المذكورة في رواية ضمرة، وهو قوله: «أوجب ـ يعني النار ـ بالقتل»: من قِبَل أنَّ ابن المبارك، وهاني بن

---

(١) وفي (ق.ج): «في التيمم في حديث الإسلام، وحديث محمد بن ثابت العبدلي عن نافع عن ابن عباس رضي الله عنهما».

(٢) نصب الراية ١/١٥٠.

(٣) أبو داود ٤/٢٧٣ ح٣٩٦٤، الفتح الرباني ١٤/١٤٠.

(٤) وهو الغريف بن عباس بن فيروز الديلمي ابن أخي الضحاك بن فيروز، وقد ينسب إلىٰ جده، روىٰ عن جده فيروز، ووائلة بن الأسقع، ذكره ابن حبان في الثقات، وقال: من أهل الشام له عندهما حديث واحد في فضل العتق. وقال ابن حزم: مجهول، وذكره بالعين المهملة. انظر تهذيب التهذيب ٨/٢٤٥.

عبد الرحمن بن أخي إبراهيم بن أبي عبلة، قد رويا هذا الحديث عن ابن أبي عبلة[١]، فلم يذكروا أنه أوجب بالقتل، وأكثر ما قالوا: «في صاحبٍ لنا أوجب»، وهؤلاء أثبت من ضمرة فيما تفرَّد به من هذا اللفظ.

وعلىٰ أنه لو ثبت، وسُلِّم لهم لفظ الحديث، لم يصح الاحتجاج به، لما في لفظه من الدلالة علىٰ أنه تأويل من الراوي؛ لأنه قال: أوجب ـ يعني النار ـ بالقتل[٢].

فإن قيل: إنما قال: يعني في النار خاصة دون القتل.

قيل له: بل هو عليهما جميعاً.

وعلىٰ أنه لو ثبت اللفظ علىٰ ما ادعوه، لم يكن فيه دلالة علىٰ موضع الخلاف، وذلك لأنه صلىٰ الله عليه وسلم قال لهم: «أعتقوا عنه»، ولم يقل: عليه أن يعتق عن نفسه، ولا خلاف أنَّ السائلين لم يكن عليهم أن يعتقوا عنه إلا بعد سماعهم ذلك من النبي صلىٰ الله عليه وسلم، لا قبل ذلك، فأين موضع الدلالة من الخبر علىٰ وجوبها علىٰ القاتل؟ وليس له ذكر في الخبر، وما في الخبر فغير واجب بالاتفاق، وكيف يدل علىٰ وجوبها في غيره؟.

فإن راموا إثباتها من طريق القياس، فقد بيَّنَّا أنه لا تثبت الكفارات بالقياس.

---

(١) الفتح الرباني ١٤/١٤٠: «وللإمام أحمد أيضاً عن أبي موسىٰ عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال: «من أعتق رقبة أعتق الله بكل عضو منها عضواً منه من النار»، ورجاله ثقات.

(٢) أحكام القرآن ٢/٢٤٥.

وعلىٰ أنا مع ذلك نبين لهم فساد قياسهم في إثبات هذه الكفارات، بأن نقول لهم: بيِّنوا وجه القياس فيها.

فإن قال: أقيسه علىٰ الخطأ بمعنىٰ: أنَّه أتلف نفساً محظورة، وذلك موجود في العمد.

قيل له: هذا غلط؛ لأن الحظر لا يتناول فعل الخطأ، قال الله تعالىٰ: ﴿إِن نَّسِينَآ أَوۡ أَخۡطَأۡنَا﴾(١).

وقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «رُفع عن أمتي الخطأ والنسيان»(٢).

فإن قيل: لما قال: ﴿مَن قَتَلَ نَفۡسَۢا بِغَيۡرِ نَفۡسٍ﴾(٣)، كان كالمخطىء.

قيل له: فيجب إيجابها علىٰ من قتل مرتداً أوحربياً؛ لأنه قَتَلَ نفساً بغير نفس.

فإن قيل: المعنىٰ في المخطىء: أنه قَتَلَ نفساً لم يؤمر بقتلها.

قيل له: اعتبار الحظر والإباحة، وعدم الأمر ووجود النهي، ساقط في المخطىء، لأنه لا يلحقه حكم الحظر فيما تناول، كالناسي والنائم، فإذا لم يكن الوصف الذي جعلته علة للعامد موجوداً في المخطىء، لم يصح للقياس وجهٌ.

وأيضاً: الواقف في صف المشركين من المسلمين، لنا قتله إذا لم

---

(١) البقرة: ٢٨٦.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) المائدة: ٣٢.

نعلمه مسلماً، ومع ذلك تجب الكفارة[١]، فعلمنا أنَّ وجوب الكفارة لا يتعلق بالأمر والنهي.

فإن قيل: لما وجبت علىٰ المخطئ، مع عدم المأثم، فالعامد أَوْلىٰ بها، مع اكتسابه المأثم بالقتل.

قيل له: هذا الذي ذكرتَ بعينه، يمنع قياسها علىٰ المخطئ؛ لأنا قد بينَّا أنَّ موضوعها لا لمأثم، إذ لا مأثم علىٰ المخطىء، فلو أوجبناها علىٰ العامد قياساً علىٰ المخطىء، لوجب أن يكون وجوبها متعلقاً بالمأثم، وليس ذلك موضوعها في الأصل.

وعلىٰ أنَّ سجود السهو وجب في الأصل علىٰ الساهي، ولم يجب علىٰ العامد وإن كان أغلظ من السهو فيما يتعلق به من الإساءة.

وعلىٰ أنَّ قياسهم لو ساغ في إثبات الكفارة، أو سلمناه لهم: كان معارَضاً بقياس مثله في نفيها، وهو اتفاق الجميع علىٰ أنَّ مَن قتل رجلاً قوداً: لم يكن عليه كفارة، والمعنىٰ فيه: أنه قتله غير مخطىء في قتله، فكل مَن باشر قتلاً هو غير مخطىء فيه، فلا كفارة عليه.

ويُستدل علىٰ المسألة من جهة العموم: بقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب من نفسه»[٢]، فلا يجوز إثبات الكفارة في ماله إلا بطيبةٍ من نفسه بحق العموم.

---

(١) الهداية مع تكملة فتح القدير ١٠/٢٣١.

(٢) سبق تخريجه.

فصل : [قتل الخطأ]

قال أبو جعفر[١] : (وأما الخطأ[٢] فهو ما أصابه فقَتَله مما لم يُرِده، وإنما أراد غيرَه، ففي ذلك الدية علىٰ العاقلة في ثلاث سنين).

قال أبو بكر : الخطأ ضربان: أحدهما ما قال، والآخر: أن يقصده بعينه بالضرب والقتل، إلا أنه يظنه ممن يجوز له قتله، كالذي يرمي رجلاً في صفّ الكفار يظنه كافراً، فإذا هو مسلم، فهذا أيضاً خطأ[٣].

وقد روي «أنَّ المسلمين قتلوا يوم أُحُد أبا حذيفة بن اليمان ظنوه مشركاً، فجعل النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم فيه الدية»[٤].

ونظيره: ما ذكره أبو جعفر: أن يرميَ صيداً أو كافراً، فيصيبَ مسلماً،

---

(١) مختصر الطحاوي ص٢٣٢.

(٢) قتل الخطأ: هو الذي لا يقصد به القتل أو الضرب، وهو نوعان:

١ـ خطأ في القصد أو ظن الفاعل، وهو أن يرمي شخصاً يظنه صيداً،فإذا هو إنسان، أو يظنه حربياً فإذا هو مسلم، أي أنَّ الخطأ راجع إلىٰ فعل القلب، وهو القصد.

٢ـ خطأ في الفعل نفسه، وهو أن يرمي غرضاً، أو صيداً، فيصيب آدمياً، أو يقصد رجلاً، فيصيب غيره، أي أنَّ الخطأ راجع إلىٰ أداة الرمي. انظر بدائع الصنائع ٤٦١٧/١٠، رد المختار ٥٣٠/٦.

(٣) انظر التفصيل في أحكام القرآن ٢٢٣/٢.

(٤) فتح الباري ٣٦١/٧، ٥٤٩/١١، ٢١١/١٢، نصب الراية ٣٤٤/٤، سير أعلام النبلاء ٣٦١/٢.

فهذا أيضاً خطأ، والدية فيه علىٰ العاقلـة[١]، لمـا روي أنَّ الـنبي صـلىٰ الله عليه وسلم جعل الدية علىٰ العاقلة[٢].

وهي عليهم في ثلاث سنين، لما بيَّنَّاه فيما سـلف، وهـو مـا روي في ذلك عن عمر بحضرة الصحابة، من غير نكيرٍ مـن أحـدٍ منـهم عليـه، ولا ظهور خلاف منهم إياه[٣].

فصل : [دية الخطأ]

(ودية الخطأ أخماساً: عشرون ابن مخاض، وعشرون ابنة مخاض[٤]، وعشرون ابنة لبون[٥]، وعشرون حِقة[٦]، وعشرون جَذَعة)[٧].

قال أبو بكر : هي أسنان الإبل في الصدقات، وزادت سن، وهو ابـن مخاض، وهذا قول أصحابنا جميعـاً[٨]، وهـو قـول عمـر بـن الخطـاب،

---

(١) بدائع الصنائع ١٠/٤٦٦٥.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) أحكام القرآن ٢/٢٢٥، مصنف عبد الرزاق ٩/٤٢١، التلخيص الحبير ٤/٣٦١.

(٤) ابن مخاض أو ابنة مخاض: وهي من الإبل ما كانت في الثانية. مختار الصحاح (مادة مخاض).

(٥) ابنة لبون: وهي من الإبل ما كانت في الثالثة، مختار الصحاح مادة «لبن».

(٦) حِقَّة: ما كانت من الإبل ابنة ثلاث سنين، وقد دخلت في الرابعة، المصدر السابق مادة «حقق».

(٧) جَذَعة: وهي من الإبل ما كانت في السنة الخامسة. المصدر السابق مادة «جذع».

(٨) كتاب الأصل ٤/٤٤٤، أحكام القرآن ٢/٢٣٣، تكملة شرح فتح القدير =

وعبد الله بن مسعود[١].

وروىٰ عاصم بن ضمرة وإبراهيم عن علي في دية الخطأ أرباعاً[٢]: خمس وعشرون بنت مخاض، وخمس وعشرون بنت لبون، وخمس وعشرون حقة، وخمس وعشرون جذعة، أربعة أسنان مثل أسنان الزكاة.

وروي عن عثمان بن عفان، وزيد بن ثابت[٣] في الخطأ: ثلاثون جذعة، وثلاثون بنات لبون، وعشرون بنو لبون، وعشرون بنت مخاض.

وروي عنهما مكان الجذع الحقاق[٤].

فأما الحجة لقول أصحابنا: فهي ما رواه الحجَّاج بن أرطاة عن زيد[٥] بن جبير عن خشف بن مالك الطائي عن عبد الله بن مسعود قال: قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: «في دية الخطأ: عشرون حِقة، وعشرون جَذَعة، وعشرون بنات مَخَاض، وعشرون بنات لبون، وعشرون بنو مخاض ذكوراً»[٦].

١٠/٢٧٤.

(١) مصنف ابن أبي شيبة ٩/١٣٤.

(٢) أبو داود ٤/٦٨٦ ح٤٥٥٣، مصنف ابن أبي شيبة ٩/١٣٤، مصنف عبد الرزاق ٩/٢٨٨.

(٣) مصنف ابن أبي شيبة ٩/١٣٥.

(٤) أبو داود ٤/٦٨٦ ح٤٥٥٤.

(٥) وفي الأصل: يزيد بن جبير، والمثبت من (ق.ج).

(٦) أبو داود ٤/٦٨٦ ح٤٥٤٥، سنن الترمذي ٤/١٠ ح١٣٨٦، مصنف ابن أبي شيبة ٩/١٣٣، نصب الراية ٤/٣٥٧.

وقال بعض مَن وافق أصحابنا[١] في الأخماس، عشرون ابن لبون مكان بني مخاض، وهذا الحديث قد نص علىٰ بني مخاض، وأبان عن خطأ قوله.

وأيضاً: في حديث الزهري عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده في الكتاب الذي كَتَبه رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم، وبَعَثَ به مع عمرو بن حزم إلىٰ اليمن «أنَّ في النفس مائة من الإبل»[٢].

وعمومه يقتضي أدنىٰ[٣] ما يقع عليه الاسم، فلما اتفق الجميع علىٰ أنَّ ما دون الأخماس علىٰ الوجه الذي ذكرناه لا يؤخذ[٤] في الدية، ثبت هذا القدر من الأسنان، وما فوقها لم نثبته إلا بدليل، وفي إيجاب ابن لبون مكان بني مخاض، زيادة سن، فلا نثبتها إلا بدليل.

وأيضاً: فابن لبون مساوٍ لابنة مخاض، لما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «فإن لم تجد بنت مخاض فابن لبون»[٥].

ذُكِرَ في الصدقة، فيصير في معنىٰ إيجاب أربعين بنت مخاض، وهذا[٦] فاسد بالاتفاق.

فإن قيل: ابن اللبون له أصل في الوجوب في الزكاة، ولا يؤخذ ابن

---

(١) ومنهم الحنابلة. انظر المغني والشرح الكبير ٩/ ٤٩٥.

(٢) سنن النسائي ٨/ ٥١، تلخيص الحبير ٤/ ١٧.

(٣) وفي (ق.ج): «كل».

(٤) وفي (ق.ج): «لا يجب».

(٥) سنن أبي داود ٢/ ٢١٤ ح١٥٦٧.

(٦) وفي (ق.ج) «وهو خلاف».

مخاض فيها، فكان ابن اللبون أَوْلىٰ.

قيل له: إنما يؤخذ ابن اللبون علىٰ وجه البدل، فهو بمنزلة الشاتين لمَّا أخذنا علىٰ وجه البدل في الزكاة، لم نوجب في الدية.

وأيضاً: لما كانت دية الخطأ في الأصل موضوعة علىٰ التخفيف، فجعلت في ثلاث سنين، وعلىٰ العاقلة[1]، وأُلزم كل واحد ثلاثة دراهم أو أربعة، كانت أخف من الزكاة، لأنها تلزم وقت الوجوب، فلما كان في الزكاة أربعة أسنان، وجب تخفيف دية الخطأ عنها، فيزاد فيها سن آخر تخفيفاً.

فصل : [مقدار الدية من الفضة]

قال أبو جعفر : (ومن الوَرِق: عشرة آلاف درهم، ومن الذهب: ألف دينار ، ولا يؤخذ في الدية شيء غير هذه الأصناف الثلاثة)[2].

فأما الحجة في أنها من الدراهم عشرة آلاف درهم: فهي ما روىٰ الشعبي عن عَبِيدة السلماني «أنَّ عمر بن الخطاب جَعَلَ الدية علىٰ أهل الذهب ألف دينار، وعلىٰ أهل الوَرِق عشرة آلاف درهم»[3].

وذلك بمحضرٍ من الصحابة، فصار ذلك أصلاً كسائر العقود التي عَقَدَها علىٰ كافة الأمة، وقد بيَّنَّاها فيما تقدم.

---

(١) انظر المغني والشرح الكبير ٩/٤٩٥.

(٢) كتاب الأصل ٤/٤٥٢، وهو قول أبي حنيفة فقط. ينظر التفصيل في أحكام القرآن ٢/٢٣٧، المبسوط ٢٦/٧٥.

(٣) مصنف ابن أبي شيبة ٩/١٢٧، مصنف عبد الرزاق ٩/٢٩٢، كتاب الأصل ٤/٤٥١، نصب الراية ٤/٣٦٢.

وأيضاً: كما ثبت تقديره للدنانير، ولم تجز الزيادة عليها بالاتفاق، كذلك الدراهم.

فإن قيل: في هذا الحديث أنه جعل علىٰ أهل البقر مائتي بقرة، وعلىٰ أهل الشاة الشاة، وعلىٰ أهل الحُلَلِ الحُلَل[1].

وأبو حنيفة لا يرىٰ أَخْذَ شيء من ذلك في الديات إلا بالتراضي، ولم يكن محجوجاً بقضية عمر، كذلك الزيادة علىٰ عشرة آلاف.

قيل له: لأن تقديره الدية من الدراهم علىٰ جهة تقويم الإبل، كتقديرها من الدنانير، إذ هما أثمان الأشياء، وبهما تُقوَّم المستهلكات.

وأما الشاة والبقر والحُلَل، فغير جائز أن يكون علىٰ جهة التقدير لقيمة الإبل؛ لأن هذه الأصناف لا تُقوَّم بها المستهلكات، فدل علىٰ أنه أَخَذَها برضا العاقلة عن الدراهم والدنانير، كمن له علىٰ آخر دراهم فيأخذ عنها عروضاً.

فإن قيل: فقد روي عن عمر أنه جعل الدية اثني عشر ألفاً[2].

قيل له: لم يبين في الخبر من أي الأوزان أوجبها: اثني عشر ألفاً، وتصحيح الخبر يوجب أن يكون اثني عشر ألفاً وزن ستة، فيكون عشرة آلاف وزن سبعة، لأن[3] الدراهم كانت مختلفة، بعضها: وزن ستة،

---

(١) المصادر السابقة، والحُلَل: جمع: حُلَّة، وهي إزار ورداء، ولا تُسمىٰ حُلَّة حتىٰ تكون ثوبين. ينظر مختار الصحاح (حلّ)، والمراد: وعلىٰ أهل عروض التجارة من الألبسة والحُلَل الزكاة منها.

(٢) مصنف ابن أبي شيبة ٩/١٢٧، نصب الراية ٤/٣٦٢.

(٣) وفي (ق.ج): «وذلك لأن أوراقهم».

وبعضها: وزن سبعة[١].

وأيضاً: لما اتفقوا علىٰ أنها من الذهب ألف دينار، ثم اختلفوا في تقويم ذلك، كانت العشرة آلاف أَوْلىٰ بأن تكون هي القيمة، لأن قيمة الدينار حينئذ كانت عشرة، والدليل علىٰ ذلك: أنَّ كل دينار عِدْله عشرة دراهم في الزكاة.

وعن علي رضي الله عنه: «لا قطع في أقل من دينار، أو عشرة دراهم»[٢].

وعن علي أيضاً: في خطبته حين قال لأصحابه: «وددت أنَّ لي بكل عشرة منكم رجلاً من بني فِراس بن غَنْم، وصرف الدينار بالدراهم، فجعل العشرة بأداء الدينار»[٣].

و«ضرب عمر رضي الله عنه الجزية علىٰ مَن بلغ الحُلُمَ أربعين درهماً، أو أربعة دنانير»[٤].

فثبت بذلك أنَّ قيمة الدينار كانت يومئذٍ عشرة دراهم.

وقد اتفق الجميع علىٰ أنه لا يجوز أن يُتَعدَّىٰ بالدية القيمة التي كانت في الصدر الأول من أجل زيادة قيمة الإبل، فثبتت العشرة آلاف علىٰ ما

---

(١) نصب الراية ٤/٣٦٢.

(٢) مصنف عبد الرزاق ١٠/٢٣٣.

(٣) نقل قريباً من هذا النص الزركلي في الأعلام ٥/٣٣٩، وعزاه لمعجم ما استعجم ص٣٩٩ وغيره، وقال في ترجمته هو: فراس بن غَنْم بن ثعلبة من كنانة جدّ جاهلي عُرِف بنوه بالشجاعة. ينظر الأعلام ٥/٣٩.

(٤) كتاب الأموال لأبي عبيد القاسم بن سلام ص٥٥، السنن الكبرىٰ ٩/١٩٥.

قلنا، ولم تثبت الزيادة.

وقد روىٰ عبد الرزاق عن معمر عن الزهري أنَّ الدية كانت علىٰ عهد رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم مئة بعير، كل بعير أوقية، فذلك أربعة آلاف، فلما كان زمن عمر غَلَت الإبل، ورخص الوَرِق، فجعل عمر أوقية ونصفاً، ثم غلت الإبل، فجعل عمر أوقيتين، ثم لم تزل تغلو ويرخص الوَرِق، حتىٰ جعلها عمر اثني عشر ألفاً، ومن العين ألف دينار[1].

فدل ذلك علىٰ أنَّ الوَرِق قيمة الإبل، واتفق الجميع علىٰ أنَّ تقويمها غير جائز الآن، وأن الدية قد استقرت من الدراهم والدنانير علىٰ مقدارٍ معلوم، لا تجوز الزيادة فيه ولا النقصان، فلما روي عن عمر المقداران جميعاً، وجب التوفيق بينهما، فقلنا: اثنا عشر ألفاً وزن ستة.

وأيضاً: لو اختلف الخبران، وتعذر الجمع بينهما، لكان الواجب إثبات ما اتفقوا عليه، وإسقاط ما اختلفوا فيه، فثبت العشرة آلاف، ويسقط ما عداها.

وقد روىٰ محمد بن مسلم الطائفي عن عمرو بن دينار عن عكرمة عن ابن عباس «أنَّ رجلاً قُتِل علىٰ عهد رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم، فجعل النبي صلىٰ الله عليه وسلم ديته اثني عشر ألفاً»[2].

وهذا حديث واهي السند، لأن محمد بن مسلم الطائفي ضعيف

---

(١) مصنف عبد الرزاق ٩/٢٩١.

(٢) أبو داود ٤/٦٨١ ح٤٥٤٦، سنن الترمذي ٤/١٢ ح١٣٨٨ وقال الترمذي: لا نعلم أحداً يذكر في هذا الحديث عن ابن عباس غير محمد بن مسلم.

جداً[١]، وقد رویٰ هذا الحديث سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار عن عكرمة ولم يذكر فيه ابن عباس[٢].

وعلىٰ أنه لو صح، لم يكن فيه بيان موضع الخلاف، لأنه لم يبين من أي الأوزان كانت، وجائز أن تكون كانت وزن ستة علىٰ ما قدمنا.

فصل:

ولم يجعل أبو حنيفة الدية في شيء من غير هذه الأصناف[٣]، وذلك لأن سبيل إثباتها التوقيف، لاتفاق الفقهاء علىٰ أنه لا يجوز إثباتها من سائر العروض والحيوان، ولا توقيف معنا فيما عدا ما وصفنا، ولا اتفاق، فلم نثبته.

وأيضاً: لما قال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «الدية مائة من الإبل»[٤]، ثم نُقِلت عن الإبل إلىٰ غيرها علىٰ وجه التقويم، وكان التقويم إنما يقع في الأصول بالدراهم والدنانير، دون ما عداها، وجب أن تكون الدية مقصورة عليها دون غيرها[٥].

---

(١) محمد بن مسلم بن سوسن الطائفي رویٰ عن إبراهيم بن ميسرة وعمرو بن دينار وابن جريج وغيرهم، وعنه ابن المبارك، قال ابن معين: ثقة لا بأس به، قال الميموني: ضعفه أحمد علىٰ كل حال من كتاب أو غير كتاب، انظر تهذيب التهذيب ٤٤٤/٩.

(٢) انظر سنن الترمذي المصدر السابق.

(٣) كتاب الأصل ٤٥٢/٤.

(٤) أبو داود ٦٧٧/٤ ح٤٥٤١، سنن الترمذي ١٠/٤، سنن ابن ماجه ٨٧٨/٢.

(٥) وفي (ق.ج): «دون ما عداهما».

فإن قيل: إذا لم يكن طريقه الاجتهاد، ثم روي عن عمر أنه جعلها من الحُلَل والشاة والبقر، فهلا ذلك هذا، علىٰ أنه قاله توقيفاً، إذ لا يظن به أنه قاله تظنناً وتخميناً.

قيل له: لو لم يكن فيه وجه غير ما ذكرت، للزم ما قلتَ، إلا أنه لا يمنع أن يكون فعل ذلك تخفيفاً علىٰ مَن لزمه ذلك[1]، لأن تلك كانت من أموال مَن أوجبها عليهم، فتراضىٰ الجميع به.

كما روي «أنَّ النبي صلىٰ الله عليه وسلم أمر معاذاً أن يأخذ من كل حالِمٍ ديناراً، أو عِدْله معافِرَ في الجزية»[2].

وكما قال معاذ لأهل اليمن: «ايتوني بخميس أو لبيس آخذه منكم في الصدقة مكان الذرة والشعير، فإنه أيسر عليكم، وخير لمن بالمدينة من المهاجرين والأنصار»[3].

لا علىٰ معنىٰ أنَّ ذلك هو الواجب عليهم شاؤوا أو أَبَوْا، لكنه أخذه علىٰ معنىٰ تحرّي المصلحة للفريقين، فكذلك فَعَلَ عمر في ذلك، فلما احتمل ما وصفناه: لم يجز أن نثبته توقيفاً.

* وقال أبو يوسف ومحمد: الدية من الشاة ألفا شاة مسنَّة قُنْية[4]،

---

(١) وفي (ق.ج): «عن أرباب الأموال».

(٢) أبو داود ٢/٢٣٥ ح١٥٧٦، سنن الترمذي ٣/٢٠ وقال: هذا حديث حسن، والمعافر: ثياب يمنية.

(٣) صحيح البخاري ٢/١٢٢.

(٤) أي خالصة له ثابتة عليه. ينظر مختصر الطحاوي المطبوع ص٢٣٢، وتعليقات الشيخ أبو الوفا الأفغاني رحمه الله.

ومن البقر مائتا بقرة، ومن الحُلَل مائتا حُلَّة ، ومن الأصناف الثلاثة علىٰ ما قال أبو حنيفة، وذهبا فيه إلىٰ ما روي عن عمر بن الخطاب في ذلك، من غير خلافٍ من أحد من الصحابة.

فصل : [كفارة قتل الخطأ]

قال أبو جعفر[1]: (والكفارة: تحرير رقبة مؤمنة، فإن لم يجد: فصيام شهرين متتابعين)[2].

لقول الله تعالىٰ: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُوا۟ ۚ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ۖ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍۭ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَـٰقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ۖ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾[3]، وهذا هو المتفق عليه.

مسألة : [تعريف العاقلة]

قال أبو جعفر : (والعاقلة هم: أهل الديوان الذين يأخذون الأعطية، ولا يدخل فيهم النساء والصبيان ولا المماليك، ولا مَن لا عطاء له في ديوان)[4].

---

(١) مختصر الطحاوي ص٢٣٣.

(٢) أحكام القرآن ٢/٢٢٧، بدائع الصنائع ١٠/٤٦٥٩.

(٣) النساء: ٩٢.

(٤) كتاب الأصل ٤/٦٥٨، تبيين الحقائق ٦/١٧٧ وعند جمهور الفقهاء من =

قال أبو بكر: موضوع الدية في الأصل علىٰ العاقلة علىٰ التناصر، وقد كانوا يتناصرون بالأنساب والقبائل، فكانت الدية عليهم، ثم لما كان عمر فرض الأعطية، ودوَّن الدواوين[١]، صار التناصرُ بالدواوين، فجعلها علىٰ أهل الديوان في أعطياتهم، ولذلك جعلها في ثلاث سنين؛ لأنه جعل في كل عطاءٍ الثلث منها، فصارت الدية كلها في ثلاث سنين، وكان ذلك منه بحضرة الصحابة من غير نكير من أحد منهم عليه، فصار إجماعاً[٢].

ومما يدل علىٰ أنَّ موضوع الدية علىٰ التناصر، لا علىٰ النسب فحسب: أنَّ النساء والصبيان لا يدخلان[٣] في العَقْل؛ لأنهم لا نصرة فيهم.

ويدل عليه أيضاً: أنها حين كانت علىٰ القبائل، كان الحليف يدخل معهم في العَقْل مع عدم النسب؛ لأنه من أهل النصرة.

فإن قال قائل: المسلمون كلهم يدٌ واحدة علىٰ مَن سواهم، وعلىٰ

المالكية والشافعية والحنابلة: العاقلة هم: قرابة القاتل من قبل الأب، وهم العصبة كالإخوة لغير أم والأعمام، دون أهل الديوان، ويدخل عند المالكية والحنابلة: الآباء والأبناء، واستثناهم الشافعية. انظر بداية المجتهد ٤٠٥/٢، مغني المحتاج ٩٥/٤، المغني والشرح الكبير ٥١٤/٩.

(١) الديوان: دفتر يكتب فيه أسماء العطاء والعساكر علىٰ القبائل والبطون، وكان عمر رضي الله عنه هو أول مَن دوَّن الديوان للمسلمين ورتَّب الناس علىٰ سابقتهم في العطاء، وفي الإذن والإكرام. ينظر التراتيب الإدارية للكتاني ٢٢٥/١. وسيأتي بعد قليل في كلام المصنِّف كيف رتبهم علىٰ القبائل والبطون

(٢) نصب الراية ٣٩٨/٤.

(٣) وفي (ق.ج): «لا يجب عليهم».

بعضهم نصرةُ بعض إذا احتاج إليه، فما معنىٰ قولكم: إن العَقْل علىٰ التناصر؟

قيل له: إن عمر لما دوَّن الدواوين، جعل أهل كل ديوان يداً واحداً في نصرة بعضهم لبعض في القتال والغزو، وحَفْظِ الحريم، وسَدِّ الثغر، ونحو ذلك من الأمور التي تَدْهمهم، فيحتاجون فيها إلىٰ التناصر، فكان الرجل من أهل الديوان أخص بنصرة أهل ديوانه ممن لا ديوان له: معه قرابةٌ كان، أو غير قرابة.

ألا ترىٰ أنهم تميَّزوا بالدواوين، فقيل: تميم الكوفة، وتميم البصرة، وضبة الكوفة، وضبة البصرة، فكانت تميم قبيلة واحدة في الأصل، ثم تميزوا باختلاف دواوينهم وأعطياتهم، فكان أهل ديوان البصرة بعضهم أَوْلىٰ بنصرة بعض من غيرهم، وكذلك أهل سائر الدواوين.

مسألة: [اشتراك الجاني مع العاقلة في الدية]

قال أبو جعفر: (ويَعْقل الجاني مع عاقلته جناية نفسه إذا كان رجلاً حراً صحيح العقل)[1].

قال أبو بكر: وذلك لما روىٰ يحيىٰ بن زكريا عن سعد[2] بن طارق عن نعيم بن أبي هند عن سلمة بن نعيم قال: «شهدت مع خالد بن الوليد يوم اليمامة، فضربت رجلاً بالسيف، فقال: إني مسلم بريء مما عليه مسيلمة.

---

(١) المبسوط ١٢٥/٢٧، حاشية ابن عابدين ٦٤٢/٦، وعند جمهور الفقهاء لا يتحمل الجاني الدية مع العاقلة. انظر المراجع السابقة.

(٢) وفي (ق.ج) «سعيد».

قال: فذكرته لعمر بن الخطاب فقال: عليك وعلىٰ قومك الدية»[١].

وروي نحوه عن عمر بن عبد العزيز، ولم يُرو عن أحدٍ من السلف خلافهما.

وأيضاً: فإن العاقلة إنما تعقل عنه علىٰ جهة النصرة، وهذا أَوْلَىٰ بنصرة نفسه.

وأيضاً: فإنها تعقل عنه علىٰ جهة المواساة والتخفيف عنه، فينبغي أن يدخل فيها معهم؛ لأنه لا أقل من أن يكون كواحدٍ منهم.

مسألة: [دفع الدية حال عدم وجود أهل الديوان]

قال أبو جعفر: (فإن لم يكن ديوان: عادت الدية علىٰ القبائل، علىٰ ما كانت عليه علىٰ عهد رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم حتىٰ ردَّها عمر إلىٰ الدواوين)[٢].

قال أبو بكر: وذلك لما بيَّنَّاه أنَّ التناصر كان بالقبائل، ثم صار بالديوان، فانتقل العَقْل إلىٰ أهل الديوان، فإذا ارتفع الديوان: صار التناصر بالقبائل، فصارت الدية عليهم.

مسألة: [مقدار الواجب من الدية علىٰ كل رجل من العاقلة]

قال أبو جعفر: (والذي يَغرمه كل رجل من الدية: ثلاثة دراهم أو أربعة دراهم، لا أكثر من ذلك، فإن تجاوز ذلك في التقسيط إلىٰ ما هو أكثر، ضُمَّ إلىٰ العاقلة أقربُ القبائل إليها في النسب، حتىٰ يصيب كل

---

(١) أحكام القرآن ٢/٢٢٦، المحلىٰ لابن حزم ١١/٥٥.

(٢) تكملة شرح فتح القدير ١٠/٣٩٨، بدائع الصنائع ١٠/٤٦٦٧.

رجل ما ذكرنا)[١].

وذلك لأنها موضوعة علىٰ التخفيف، فلا يلزم كل رجل منهم ما يُجْحِف به، وإنما يلزم كل رجل منها ما يُخفَّف به عليه، ألا ترىٰ أنَّ العاقلة إنما تحملها عن الجاني تخفيفاً عنه، فلأن يُخفَّف عنهم، وليسوا جناة أوْلىٰ.

ويُضَمُّ إليهم أقرب القبائل؛ لأنهم أهل نصرته عند عدم الآخرين.

مسألة : [دفع الدية حال عدم وجود العاقلة]

قال أبو جعفر : (وإن كان الجاني لا عاقلة له، فقد روىٰ محمدٌ عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنَّ الدية عليه في ماله، ولم يحك في ذلك خلافاً، والمشهور عنه ما ذكره في غير موضع من كتبه: أنَّ الدية في بيت مال المسلمين)[٢].

قال أبو بكر : كان أبو الحسن الكرخي رحمه الله يقول: إن الصحيح من قولهم: إنَّ الدية في بيت مال المسلمين، وأن رواية مَن روىٰ في ماله شاذة[٣].

ووجه إيجابها في بيت المال: أنَّ جماعة المسلمين هم أهل نُصرته، إلا أنه ليس بعضهم أخص به من بعض، فوجب أن يكون في مالهم، وهو بيت المال.

---

(١) المراجع السابقة.

(٢) الهداية مع البناية: ١٠/٣٩٩، بدائع الصنائع ١٠/٤٦٦٨.

(٣) المراجع السابقة.

ويدل علىٰ ذلك: أنه لو مات، لكان ماله لبيت المال.

مسألة : [دية الخطأ إن كان القاتل ذمياً]

وقال أصحابنا في الذمي إذا لم يكن له عاقلة: إن الدية عليه في ماله إذا قتل رجلاً خطأ، وليس فيه اختلافُ رواية[١]، وذلك لأنه لا ولاية بينه وبين المسلمين، ولا توارث، ولا يَعْقل عنهم بيت المال؛ لأنه مالُ المسلمين.

فإن قيل: فلو مات الذمي، ولا وارث له: كان ماله لبيت المال، فوجب أن يكون عَقْله عليهم.

قيل له: لا يستحقه بيت المال من جهة الولاية، وإنما يستحقه من جهة أنه مال في دار الإسلام، لا مالك له، مثل مال المعادن، وكنوز المشركين إذا ظهر عليها الإمام.

ولأن مال الكفار مغنوم في الأصل، وإنما تُرِك في أيديهم بالذمة، فإذا زالت الذمة، ولم يكن هناك مستحق له من جهته: عاد إلىٰ حكم الغنيمة.

وأما المسلم إذا مات، فإنما كان ماله لبيت المال علىٰ جهة الموالاة التي بينهم، كما قال الله تعالىٰ: ﴿ وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ ﴾[٢].

مسألة : [قتل شبه العمد]

قال[٣]: (وأما شِبْه العمد: فهو ما تعمَّد ضربَه بغير سلاح، سواء كان

(١) العناية مع تكملة شرح فتح القدير ١٠/٤٠٣.

(٢) التوبة: ٧١.

(٣) مختصر الطحاوي ص٢٣٣.

مما يَقْتُل مثلُه أو لا يقتل، بعد أن لا يكون لـه حَـدٌّ يجـرح ويقطـع، مثـلُ الحجر، والعصا، ونحوهما، ففيه الديةُ مغلَّظة في قول أبي حنيفة[١].

وقال أبو يوسف ومحمد: مـا كـان الغالـب مـن ذلـك أن يقتـل: فهـو عمد، وفيه القود).

والحجة لقول أبي حنيفة: ما رواه سفيان وشعبة وزهير وقيس عن جابر الجعفي عن أبي عازب عن النعمان بن بشير قال: قال رسول الله صـلىٰ الله عليه وسلم: «كل شيء خطأ إلا السيف»[٢].

وقال زهير وقيس: «سوىٰ الحديد، وفي كل خطأ أرش».

فإن طعنوا فيه من جابر الجعفي، وأنه قد تُكلم فيه[٣].

قيل له: قد وثَّقه سفيان الثوري، وحَمَل عنه قوم ثقات جِلَّة[٤].

وحدثنا أبو العباس محمد بن يعقوب الأصم قـال: حـدثنا أبـو جعفـر محمد بن علي قال: حدثنا قبيصة قال: حـدثنا سـفيان عـن جـابر عـن أبي عازب قال: سمعت النعمان بن بشير قال: قـال رسـول الله صـلىٰ الله عليـه وسلم: «كل شيء خطأ إلا السيف، ولكل خطأ أرش».

وحدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا محمد بن يحيىٰ بـن سـهل بـن محمد العسكري قال: حدثنا محمد بـن المـثنىٰ قـال: حـدثنا يوسـف بـن

---

(١) كتاب الأصل ٤/٤٣٧، أحكام القرآن ٢/٢٢٨.

(٢) مسند أحمد ٤/٢٧٥، البيهقي ٨/٤٢، سنن الدارقطني ٣/١٠٦، مصنف ابن أبي شيبة ٩/١٤٠، وينظر نصب الراية ٤/٣٣، الفتح الرباني ١٦/٥٣.

(٣) انظر تهذيب التهذيب ٢/٤٦، كتاب الحجة ٤/٣٩١.

(٤) المصادر السابقة.

يعقوب الضبيعي قال: حدثنا سفيان الثوري وشعبة عن جابر الجعفي عن أبي عازب عن النعمان بن بشير قال: قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: «كل شيء خطأ إلا السيف، ولكل خطأ أرش».

وحدثنا عبد الباقي قال: حدثنا محمد بن عثمان بن أبي شيبة قال: حدثنا عقبة بن مكرم قال: حدثنا يونس بن بكير قال: حدثنا قيس بن الربيع عن أبي حسين بن بنت النعمان بن بشير عن النعمان بن بشير قال: قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: «كل شيء سوىٰ الحديدة خطأ، ولكل خطأ أرش».

ودليل آخر: وهو ما روىٰ سفيان عن علي بن زيد عن جدعان عن القاسم بن ربيعة عن ابن عمر قال: قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم يوم الفتح: «ألا إن قتيل العمد الخطأ بالسَّوْط والعصا مائة من الإبل»[1].

وروىٰ أبو معاوية عن حجاج عن قتادة عن الحسن قال: قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: «قتيل السَّوْط والعصا شِبْه عمد»[2].

وروىٰ سليمان بن كثير عن عمرو بن دينار عن طاوس عن ابن عباس قال: قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: «مَن قُتِل في عِمِّيا أو رِمِّيًّا يكون بينهم بحجر أو بسوط أو بعصا، فعَقْله عَقْل خطأ، ومَن قُتِل عمداً فقَوَد به»[3].

قال أبو بكر: قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «قتيل عمد الخطأ قتيل

---

(١) أبو داود ٤/٦٨٢ ح٤٥٤٧، نصب الراية ٤/٣٣١، الفتح الرباني ١٦/٥١.

(٢) مصنف ابن أبي شيبة ٩/١٣٩، نصب الراية ٤/٣٣٢.

(٣) أبو داود ٤/٦٧٦ ح٤٥٤٠، وتقدم.

الوسط والعصا»: فيه دلالة من وجهين علىٰ صحة قولنا:

أحدهما: عموم قوله: «في العصا»: فهو علىٰ ما يَقْتل في العادة، وما لا يقتل، بحق العموم.

الثاني: جَمْعه بين السوط والعصا، معلوم أنَّ السوط مما لا يقتل في الغالب، والعصا الكبير مما يقتل في الغالب، وفائدة جمعه بينهما إعلامنا بتساوي حكمهما وإن كان أحدهما مما لا يقتل، والآخر مما يقتل.

دليل آخر: هو ما روىٰ يونس عن ابن شهاب عن ابن المسيَّب وأبي سلمة عن أبي هريرة قال: «اقتتلت امرأتان من هُذَيل، فقتلت إحداهما الأخرىٰ بحجر، فقتلَتْها وما في بطنها، فقضىٰ رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم أنَّ دية جنينها عبد أو أمة، وقضىٰ بدية المرأة علىٰ العاقلة»[١].

وروىٰ سفيان عن منصور عن إبراهيم عن عبيد بن نضلة عن المغيرة بن شعبة «أنَّ امرأتين ضربت إحداهما الأخرىٰ بعمود الفُسْطاط، فقتلتها، فقضىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم بالدية علىٰ عاقلة القاتِلة، وقضىٰ فيما في بطنها بالغُرَّة»[٢].

ومعلومٌ أنَّ عمود الفُسطاط يقتل في الغالب، ولم يوجب به قَوَداً.

وقد روىٰ ابنُ جريج عن عمرو بن دينار عن طاوس عن ابن عباس أنَّ عمر نَشَدَ الناسَ قضاءَ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم في الجنين، فقام حمل بن مالك بن النابغة فقال: «إني بين امرأتين، وإن إحداهما ضربت

(١) صحيح البخاري ٤٥/٨، صحيح مسلم ١٣٠٩/٢، أبو داود ٧٠١/٤ ح٤٥٧٦.

(٢) أبو داود ٦٩٦/٤ ح٤٥٦٨، وغيره.

الأخرىٰ بمِسْطَحٍ، فقتلتها وجنينَها، فقضىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم في الجنين بغُرَّة، وأن تُقْتَل مكانها»(١).

قال أبو بكر: وليس هذا مضاداً للحديث الأول، لأنا نصحِّحهما جميعاً، فنقول إنهما خبران كل واحد منهما في امرأة علىٰ حِدَة.

فأما الأُولىٰ فإنها قَتَلت بعمود الخشب، فلم يوجِب النبي صلىٰ الله عليه وسلم فيه القَوَد، وأما الأخرىٰ فإن من الأعمدة ما يكون في رأسها حديدة، فجائز أن تكون قتلتها بحديد العمود، فأوجب النبي صلىٰ الله عليه وسلم فيه القود، وكذلك قولنا.

ويحتمل أن يكون كان في رأس العمود حِدَّة، فبَعَجَتْها به، كالرمح، فهذا عندنا فيه القود.

وإن كان الخبران وَرَدَا في قصةٍ واحدة، فجائز أن يكونوا أخبروا النبيَّ صلىٰ الله عليه وسلم أنها قتلتها بالعمود ضرباً، فلم يوجب فيه قَوَداً، ثم أُخبر أنها بَعَجَتْها به، فأوجب فيه القود، فكان جواب النبي صلىٰ الله عليه وسلم علىٰ حسب ما ظهر من سؤال القوم.

وأيضاً: روىٰ سفيان عن أبي إسحاق عن الحارث(٢) عن علي رضي الله عنه قال: «شِبْه العمد الضربة بالخشبة، والقَذْفة بالحَجَر العظيم، وفيه الدية أثلاثاً»(٣).

---

(١) أبو داود ٤/٦٩٨ ح٤٥٧٢، نصب الراية ٤/٣٣٣ وقال: هذا حديث حسن صحيح.

(٢) وفي (ق.ج): «عن الحسن».

(٣) مصنف ابن أبي شيبة ٩/١٣٨، ومصنف عبد الرزاق ٩/٢٨٠، المحلىٰ =

ورواه أيضاً سفيان عن أبي إسحاق عن عاصم بن ضمرة عن علي رضي الله تعالىٰ عنه.

ومعلوم أنَّ شبه العمد اسمٌ شرعيٌّ مفهوم[1] المعنىٰ من جهة اللغة قبل مجيء الشرع، وأسماء الشرع لا تؤخذ إلا توقيفاً، فعلمنا أنَّ علياً إنما قال ذلك توقيفاً.

فإن قال قائل: إذا كان مثله يُقتل، فهو عمد محض، وليس شبه عمد.

قيل له: لا يجوز فيه غير ما قلنا؛ لأنه لو كان مثله لا يُقتل، مثل اللطمة ونحوها، لسقطت فيه جهة العمد، وكان خطأ محضاً، إذ هو غير عامد به إلىٰ القتل، وما قلناه صحيح موافق لمعنىٰ الخبر؛ لأنه جَمَعَ فيه العمد والخطأ، فهو عمد في الفعل، خطأ في الحكم.

ويدل علىٰ ذلك: أنَّ العمد والخطأ إنما هو صفة الفعل؛ لأنه قال: «قتيل خطأ العمد»، فينبغي أن يكون القصد إلىٰ القتل موجوداً مع الفعل، حتىٰ يصح وصفه بأنه عمد، ويكون خطأ مع ذلك من طريق الحكم، حتىٰ يسقط القود عنه.

ومما يدل علىٰ أنَّ للآلة تأثيراً في وجوب القود وسقوطه، وأن الحكم متعلق به دون القصد إلىٰ القتل: اتفاق الجميع علىٰ أنَّ السكين الصغيرة التي لا تقتل مثلها في الغالب، والكبيرة التي تقتل، لا يختلفان في وجوب القود بهما، وأن السوط واللطمة ونحوهما لا يجب بهما القود وإن عَمَدَ بهما إلىٰ الضرب.

١٠/٣٨٤.

(١) وفي (ق.ج): «غير مفهوم».

وليس هاهنا معنىٰ يُفرَّق بينهما غير اختلاف الآلـة، فوجـب أن يكـون الحكم متعلقاً بها، ولزم اعتبارها فيما اختلفنا فيـه، وأن لا يعتـبر مـا يقتـل مثله أو لا يقتل، إذ كان الحكم لا يتعلق به، ولا تأثير له فيه، وبمثـل هـذا المعنىٰ يعتبر تصحيح العِلل، وهـو مـا يوجـد مـن تأثيرهـا في الأصـول، وتُعَلَّق الأحكام بها.

فإن قال قائل: فأنت تَقِيد بالحجر والعصا إذا كان لهما حَدٌّ.

قيل له: لأنه قد صار في معـنىٰ الـسلاح والحديـد، فلأجـل أنَّ الآلـة نفسها قد صارت في معنىٰ الحديد: وجب القود بها، فلم يتعلق الحكم في هذه الحال أيضاً إلا بالآلة.

فإن احتجوا بعموم الآيات الموجبة للقـود، نحـو قولـه: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى﴾[1]، وقوله: ﴿ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾[2]، وقوله تعـالىٰ: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا﴾[3].

قيل له: قد اتفق الجميع علىٰ أنَّ هـذه الآيـات واردة في حكـم العمـد دون الخطأ، وما ذكرناه خطأ لا يطلق عليه اسم العمـد؛ لأن الـنبي صـلىٰ الله عليه وسلم قال: «ألا إن قتيل الخطأ العمد»[4].

وأيضاً خَبَرُنا متأخرٌ عن الآيات؛ لأن فيه بيان حكم القـود، والخطـأ،

---

(١) البقرة: ١٧٨.

(٢) المائدة: ٤٥.

(٣) الإسراء: ٣٣.

(٤) سبق تخريجه.

وشبه العمد، وذلك بعد استقرار حكم وجوب القود في العمد والخطأ، فذَكَر شِبْهَ العمد، وهو قَتْلٌ بينهما، لا عمدٌ محض، ولا خطأ محض.

فإن احتجوا بما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «مَن قتل قتيلاً فأهله بين خِيرتين: إن شاؤوا قتلوا، وإن شاؤوا أخذوا العَقْل»[1].

وهو عامٌّ في سائر وجوه القتل إلا ما قام دليله.

وبما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «العمد قود»[2].

قيل لهم: أما قوله: «العمد قَوَد»: فإنما يتناول عمداً محضاً، ولم يدخل فيه ما لا يسمىٰ عمداً علىٰ الإطلاق، وفي هذا الخبر بعينه، وهو خبر ابن عباس ـ الذي تقدم ذِكْر سنده ومتنه ـ وذَكَرَ القتل بالعصا والحجر، وأن فيه الدية، فعلمنا أنَّ العمد المطلق المذكور في هذا الخبر، غير داخل في شبه العمد.

وأما قوله: «مَن قتل قتيلاً فأهله بين خِيرتَيْن»: فإنما ذُكر فيه حكم ما يجب عن القتل العمد، وليس فيه ذكر السبب الذي يقع به القتل.

وفي خبرنا ذِكْر الآلة التي يقع بها القتل، وكل واحد من الخبرين واردٌ في معنىٰ غير ما ورد فيه الآخر، فلا يتعارضان؛ لأن التعارض إنما يقع إذا وَرَدا في معنىٰ واحد.

وهذا أصلٌ صحيح يعتبره أصحابنا في اختلاف الأخبار، ونظيره ما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «مَن نام عن صلاةٍ أو نسيها

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) سبق تخريجه.

فليصلِّها إذا ذَكَرها»[١].

فهذا حكمٌ وارد في إيجاب القضاء علىٰ تارك الصلاة في وقتها، وليس فيه بيان حكم الأوقات التي تجوز فيها الصلاة، من التي تُحظر فيها.

ثم روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه «نهىٰ عن الصلاة عند طلوع الشمس، وعند الغروب»[٢]، فكان ذلك وارداً في بيان حكم الأوقات التي تُحظر فيها الصلاة، فلم يكن قوله: «فليصلِّها إذا ذكرها»: معارضاً له، لورود كل واحد منهما في معنىٰ، غير ما ورد فيه الخبر الآخر.

وأيضاً: قد اتفقنا جميعاً أنَّ قوله: «مَن قُتِل له قتيل، فأهله بين خِيرتين»: في العمد، وكذلك قوله: «العمد قود»: فلا يدخل فيه ما سماه النبي صلىٰ الله عليه وسلم خطأً.

فإن احتجوا بحديث أنس: «أنَّ يهودياً قتل جارية من الأنصار علىٰ أوضاحٍ لها بحجر، فأقاده النبي صلىٰ الله عليه وسلم منها»[٣].

قيل له: ليس فيه بيان موضع الخلاف؛ لأنه لم ينقل إلينا صفة الحَجَر الذي به قتلها، وجائز أن يكون كان له حَدٌّ.

وليس فيه عموم لفظٍ من النبي صلىٰ الله عليه وسلم فيُجرىٰ علىٰ ظاهره، وإنما فيه حكاية فِعلٍ من القاتل وقع علىٰ وصف لا يُدرىٰ كيف

---

(١) صحيح البخاري ١/١٤٨، صحيح مسلم ١/٤٧٧، ح٦٨٤ بلفظ: من نسي صلاة فليصلها إذا ذكرها، وينظر نصب الراية ٢/١٦٢.

(٢) صحيح البخاري ١/١٤٥.

(٣) صحيح مسلم ٣/٢٩٩ ح١٦٧٢، سنن أبي داود ٤/٦٦٦ ح٤٥٢٩، وينظر فتح الباري ١٢/٢٠٠.

هو ، وإيجاب قَوَدٍ من النبي صلىٰ الله عليه وسلم، فإذا احتمل أن يكون كما قلنا، واحتمل غيره: سقط الاحتجاج به.

وأيضاً: يحتمل أن يكون اليهودي نقض العهد، فقتله النبي صلىٰ الله عليه وسلم من أجل ذلك، ويدل عليه ما روي أنَّ النبي صلىٰ الله عليه وسلم رَجَمَه[١]، وليس هذا حكم مَن يقتل قوداً.

فإن قال قائل: عندكم ذا العهد لا ينتقض عهده لقتل المسلم، حتىٰ يرجع إلىٰ دار الحرب.

قيل له: قد كانت حول المدينة قرىٰ اليهود، وهي كانت دار حَرْب، فليس يمتنع أن يكون اليهودي لما قَتَلَ الجارية هرب، فأُخِذ في حدود دار الحرب، ومَن كان كذلك، فهو ناقض للعهد، يجب قتله إذا ظُفِر به.

فإن قيل: فأنتَ تقتل الخانق إذا كَثُر منه ذلك[٢]، وقاطع الطريق إذا قتل بعصا[٣].

قيل له: إنما أقتُلهم حدّاً، لا قوداً، وقد يقتل قاطع الطريق وإن لم يقتل إذا كان رِدءاً لمن قَتَل.

قال أبو بكر : وقد أقاد أبو حنيفة ممن أحرق رجلاً بالنار؛ لأن تأثيرها في تفريق الأجزاء أكثر من تأثير السلاح، فكان حكمُها حكمَه[٤].

---

(١) صحيح مسلم ١٢٩٩/٣، ح١٦٧٢، سنن أبي داود ٤/ ٦٦٥ ح٤٥٢٨.

(٢) حاشية ابن عابدين ٤/ ١١٧-١١٨.

(٣) تبيين الحقائق ٢٣٨/٣.

(٤) رد المختار ٥٢٨/٦.

ووجه آخر: وهو أنَّ القود لما كان مما يَسقط بالشبهة، وجب أن يكون اختلاف الناس في نفس القتل: هل هو عمد أو غير عمد؟ شبهة في سقوطه، كما كان اختلافهم في الوطء: هل هو زنىً أو ليس بزنىً؟ شبهة في سقوط الحد، ألا ترىٰ أنَّ عمر بن الخطاب لما قال في المتعة: «إنها زنىً، وإني لو تقدمتُ فيها لرَجَمْتُ»[1].

وقال غيره: ليس بزنىً: كان اختلافهم في الفعل علىٰ هذا الوجه شبهة في سقوط الحد عن الواطىء علىٰ وجه المتعة.

فصل:

قال أبو بكر: ويُحكىٰ عن بعض أهل المدينة أنَّ القتل خطأ، أو عمد، وأنه لا يُعرف شبه العمد[2]: وفيما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم في حكم خطأ العمد، واختلاف الصحابة بعده في كيفية أسباب شبه العمد، ووجوب تغليظها علىٰ دية الخطأ، ما يقضي بفساد قول مَن أباه.

فصل: [وجوب الكفارة في قتل شبه العمد]

قال أبو جعفر: (وفي شبه العمد الكفارة)[3].

قال أبو بكر: وذلك لأن الدية وجبت فيه بنفس القتل، كقتل الخطأ، وليس ذلك كالعمد إذا دخلت فيه شبهة، فأوجبت الدية؛ لأن الدية هاهنا لم تجب بنفس القتل، وإنما وجبت لدخول الشبهة.

---

(١) الموطأ ٢/٥٤١، مصنف عبد الرزاق ٧/٥٠١، السنن الكبرىٰ ٧/٢٠٦.

(٢) كتاب الحجة ٤/٣٩٦.

(٣) بدائع الصنائع ١٠/٤٦٥٧.

فصل : [صفة الدية في شبه العمد]

قال : (والدية في شبه العمد مغلَّظةٌ إذا كانت من الإبل ـ دون سائر الأصناف ـ أرباعاً في قول أبي حنيفة وأبي يوسف: خمس وعشرون بنت مخاض، وخمس وعشرون بنت لبون، وخمس وعشرون حِقَّة، وخمس وعشرون جَذَعة[١].

وفي قول محمد: أثلاثاً: ثلاثون حقة، وثلاثون جذعة، وأربعون ما بين ثنية إلىٰ باذل عامها، كلها خَلِفَة في بطونها أولادُها)[٢].

قال أبو بكر : اختلف السلف من الصدر الأول في دية شبه العمد، مع اتفاقهم علىٰ تغليظها علىٰ دية الخطأ في الأسنان:

فروي عن عبد الله بن مسعود[٣] أرباعاً، نحو ما حكيناه عن أبي حنيفة.

وقال عمر، وعلي وأبو موسىٰ والمغيرة بن شعبة نحو ما حكيناه من قول محمد[٤].

ويُروىٰ عن علي أيضاً في شبه العمد رواية أخرىٰ: ثلاث وثلاثون حقة، وثلاثون جذعة، وأربع وثلاثون ما بين ثنية إلىٰ باذل عامها في بطونها أولادها[٥].

---

(١) كتاب الأصل ٤/٤٤٤.

(٢) كتاب الأصل ٤/٤٥٠.

(٣) مصنف عبد الرزاق ٩/٢٨٥، مصنف ابن أبي شيبة ٩/١٣٦.

(٤) المصادر السابق.

(٥) مصنف عبد الرزاق ٩/٢٨٤، مصنف ابن أبي شيبة ٩/١٣٦.

وجه قول أبي حنيفة: ما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «الدية مائة من الإبل»[١].

اقتضىٰ عمومه كل ما يقع عليه الاسم، فأوجبناها أرباعاً، لاتفاق الجميع علىٰ وجوب هذا القدر، ولم نوجب الزيادة[٢]؛ لأن العموم ينفيها.

ومن جهة النظر: أنَّ الأسنان لما كانت متساوية في الخطأ، وجب مثله في شبه العمد، وإذا كانت الأسنان متساوية: وجبت أرباعاً، لأن كل مَن قال بتساوي الأسنان أوجبها أرباعاً.

وأما ما روي: «في قتيل خطأ العمد: أربعون منها خَلِفة، في بطونها أولادُها»[٣]: فإن أَمْر الدية كان مشهوراً، والحاجة إلىٰ معرفتها ماسة لعموم البلوىٰ بها، فلو كان ذلك محفوظاً عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم في مثل ذلك المشهد الذي حكوا فيه، وهو فتح مكة، لما اختلف الصحابة في أسنانها هذا الاختلاف، كما لم يختلف في عددها.

فلما لم نجد النقل فيه مستفيضاً، وكان رواية القاسم بن ربيعة عن ابن عمر[٤]، وإسناده مع ذلك مضطرب؛ لأن خالداً الحذاء يرويه عن القاسم بن ربيعة عن عقبة بن أوس عن رجل من أصحاب النبي صلىٰ الله عليه

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) وفي هامش نسخة قونية: «أي زيادة السن».

(٣) نصب الراية ٤/٣٣١، وعزاه لأبي داود والنسائي وابن ماجه وابن حبان.

(٤) أبو داود ٤/٦٨٤ ح٤٥٤٩ قال ابن القطان: وهو حديث لا يصح، لضعف علي بن زيد. نصب الراية ٤/٣٣١.

وسلم، ولا نعلمه[١] رُوي من غير هذا الوجه: دلَّ ذلك علىٰ أنه غير محفوظ عنه علىٰ حسب ما رواه.

وأيضاً: فإن ما كان هذا سبيله، فإنه لا يقبل فيه أخبار الآحاد، ولا سبيلَ إليه من طريق الاجتهاد، فأثبتنا منه ما اتفقوا عليه، وأسقطنا الزيادة المختلَف فيها، إذ لا دليل عليها.

مسألة : [شبه العمد فيما دون النفس]

قال أبو جعفر : (وكل ما ذكرنا في النفس أنه شبه العمد، فهو فيما دون النفس عمد)[٢].

قال أبو بكر : وهذا الذي ذكره في نفي حكم شبه العمد عما دون النفس، فإنما هو في حكم القصاص خاصة؛ لأن رجلاً لو ضرب رجلاً بعصا أو بحجر، فأوضح عن رأسه، أو لَطَمَه، فكَسَر سِنَّه: كان القصاص قائماً بينهما.

والأصل فيه: ما روىٰ أنس «أنَّ الرُّبَيِّع لطمت جارية، فكسرت ثَنِيَّتَها، فأمر رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم بالقصاص.

فقال أنس بن النضر: أتُكسر ثنية الربيِّع!! لا، والذي بعثك بالحق نبياً.

فقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: كتاب الله: القصاص.

---

(١) أبو داود ٤/٦٨٢ ح٤٥٤٧، وقال: عن عبد الله بن عمرو، سنن ابن ماجه ٢/٨٧٧، نصب الراية ٤/٣٣١.

(٢) بدائع الصنائع ١٠/٤٦١٧.

ثم تراضوا علىٰ الأرش»[١].

فأوجب النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم القصاص في السن باللطمة، ومثله إذا حدث عنه القتل: لم يقتص منه.

ويدل عليه أيضاً: عموم قوله: ﴿وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾[٢].

* فأما حكم شبه العمد فيما دون النفس: فهو ثابت عندهم في تغليظ الأرش فيما لا يُستطاع فيه القصاص، مثل أن يقطع يده من نصف الذراع عمداً، فيكون عليه الأرش مغلظاً، وكذلك الجائفة[٣] والآمَّة، ويكون مع ذلك في ماله، ولا يكون علىٰ العاقلة.

ولا يكون بمنزلة النفس[٤]؛ لأن النفس في شبه العمد تحملها العاقلة؛ لأن النبي صلىٰ الله عليه وسلم «أوجب دية المرأة التي قُتِلت بمِسْطح علىٰ عاقلة القاتلة»[٥]، وكان القياس في النفس أيضاً أن يكون في ماله، إذ هو عمد في الفعل، كالأب إذا قتل ابنه عمداً، فتكون الدية في ماله، إلا أنهم

(١) صحيح البخاري ١٨٨/٥، صحيح مسلم ١٣٠٢/٢ ح١٦٧٥، أبو داود ٧١٧/٤ ح٤٥٩٥.

(٢) المائدة: ٤٥.

(٣) الجائفة: هي التي تصل إلىٰ الجوف من الصدر أو البطن أو الظهر أو الجنبين أو ما بين الأنثيين أو الدبر أو الحلق، ولا تكون الجائفة في اليدين والرجلين، ولا في الرقبة، لأنه لا يصل إلىٰ الجوف، وغير الجائفة: هي التي لا تصل إلىٰ الجوف كالرقبة أو اليد أو الرجل.

(٤) وفي (ق.ج): «في شبه العمد علىٰ العاقلة».

(٥) سبق تخريجه.

تركوا القياس في النفس، للأثر[١]، وحملوا أمر ما دونها علىٰ القياس، كأحد الورثة إذا عفا عن نصيبه من الدم: يكون للباقين حصتهم من الدية في مال القاتل.

* * * * *

(١) وفي (ق.ج): «للشبهة».

باب أحكام العَمْد

مسألة : [الاشتراك في القتل]

قال أبو جعفر رحمه الله[(١)]: (وإذا عدا رجلٌ علىٰ رجلٍ فشقَّ بطنه، وأخرج حشوته، ثم ضربَ رجلٌ عُنُقَه بالسيف عمداً: فالقَوَد علىٰ الذي ضرب عنقه بالسيف، وعلىٰ الأول الأَرْش)[(٢)].

قال أبو بكر أيَّده الله[(٣)]: الأصل في ذلك: اتفاق الجميع من فقهاء الأمصار أنَّ مَن جرح رجلاً جراحة أشرف[(٤)] منها علىٰ التلف، إلا أنه يرجىٰ بقاؤه يوماً ونحو ذلك، ثم قتله آخر: أنَّ القود علىٰ الثاني.

ولو لم يجب علىٰ الثاني القود: لكان لو كان ممن يبقىٰ شهراً أو سنة، لوجب أن لا يقاد من الثاني، وهذا لا خلاف فيه.

فقلنا علىٰ هذا: إنه إذا كان في الغالب: أنه لو لم يقتل: يبقىٰ يوماً أو بعض يوم: لم يكن الأول قاتلاً، وكان الثاني هو القاتل.

وأما إذا كانت الجراحة الأولىٰ بحيث تأتي علىٰ نفسه، ولم يبق منها

---

(١) مختصر الطحاوي ص٢٣٤.

(٢) بدائع الصنائع ٤٦٢٨/١٠.

(٣) يظهر والله أعلم أن عبارة: «أيده الله»: من النساخ، أو أحد التلاميذ.

(٤) وفي الأصل: (أشفىٰ).

إلا اضطراب للموت كما يبقىٰ المذبوح: فالأول هو القاتل دون الثاني.

ألا ترىٰ أنَّ رجلاً لو ذبح شاة وسمَّىٰ: كان ذلك ذكاة صحيحة إذا لم يبق هناك من الحياة إلا الاضطراب للموت، ولو وقعت بعد ذلك في ماء أو ذبحها مجوسي: لم يُبطل ذلك ذكاتَه، ولو لم يكن ذلك ذبحاً: لما كانت مذكاة بالذبح.

مسألة : [القصاص في الجراح]

قال : (وإذا قَطَعَ رَجُلٌ يدي رَجُلٍ ورِجْليه عمداً، فإن برىء: كان عليه القصاص في جميع ذلك).

وذلك لأن استيفاء القصاص ممكن، والذي حصل من الجناية هو القطع فحسب، قال الله تعالىٰ: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾[١].

مسألة : [موت المجروح]

قال : (وإن مات من ذلك كله: قُتِل، وبَطَل القطع)[٢].

وذلك لأن حكم الجناية موقوف علىٰ ما يؤول إليه، والدليل علىٰ ذلك: أنَّ مَن قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ من نصف الذراع، أو شجَّه مأمومةً أو جائفةً: لم يكن عليه فيها قصاص، فإن صارت نفساً: قُتِل وبطل حكم الشجة والجراحة، فدلَّ ذلك علىٰ أنَّ حكم الجناية معتبر[٣] بما ينتهي إليه، فإذا آلت إلىٰ النفس: كانت الجناية هي النفس، فوجب عليه القصاص في

---

(١) المائدة: ٤٥.

(٢) بدائع الصنائع ١٠/٤٨١٣.

(٣) وفي (ق.ج): «متعلق».

النفس، وبطل حكم ما دونها، لقول الله تعالىٰ: ﴿ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾[١].

فإن قال قائل: قال الله تعالىٰ: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾[٢]، فينبغي أن يستوفىٰ منه القصاص فيما دون النفس إذا كان استيفاؤه ممكناً.

قيل له: لو أوجبنا القصاص فيما دون النفس، ثم لم يمت: احتجنا أن[٣] نقتله بعد ذلك فليس هذا بقصاص، لأن القصاص أن تجرحه مثل جراحته، ولا تزيد عليها، وإذا جرحته مثل جراحته، ثم قتلته، فليس هذا بقصاص، فلما لم ينفك من وجوب القتل في جميع الأحوال، علمنا أنَّ الواجب هو النفس، وأن حكم ما دونها ساقط في هذه الحال.

وعلىٰ أنَّ هذا لو كان اعتباراً صحيحاً، لوجب أن يكون ما دون النفس لو كانت آمة[٤] أو جائفة[٥] فمات منها، أن تقتله، وتُوجب في الآمَّة والجائفة أَرْشهما، كما اقتصصت منه فيما أمكن فيه القصاص مما دون النفس وقتلتَه، فلما لم يجب أرش المأمومة والجائفة مع القتل المتولد منهما، دل ذلك علىٰ سقوط حكم ما دون النفس فيما وصفنا.

---

(١) المائدة: ٤٥.

(٢) المائدة: ٤٥.

(٣) وفي (ق.ج) «فإن قال: نعم. قيل له: فليس هذا قصاص».

(٤) الآمة: هي التي تصل إلىٰ أم الدماغ، وهي جلدة تحت العظم فوق الدماغ. بدائع الصنائع ١٠/٤٧٥٩.

(٥) الجائفة: هي التي تصل إلىٰ الجوف. المصدر السابق.

مسألة : [حكم مَن قطع يد رَجُلٍ ثم قتله قبل بُرء اليد]

قال أبو جعفر : (ومَن قَطَعَ يدَ رَجُلٍ عمداً، ثم قتله بعد ذلك عمداً بالسيف، فإن كان لم يبرأ من القطع حتىٰ قتله: فعليه القصاص في النفس خاصة، ولا قصاص عليه في اليد).

قال أبو بكر : هذا قول أبي يوسف ومحمد[1]، وأما قول أبي حنيفة: فللولي أن يقطع يده، ثم يقتله.

وجه قول أبي حنيفة: عموم قوله تعالىٰ: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾، وقال: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ﴾[2]، وقال الله تعالىٰ: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾[3]، فكان له القصاص[4] في جميع ذلك، لعموم هذه الآيات.

وليس ذلك مثل أن يقطع يده، فيؤول إلىٰ النفس، فلا يكون له قطع اليد ، بل يقتله فحسب: من قِبل أن القطع قد صار نفساً، وقد بيَّنَّا أنَّ حكم الجناية موقوف علىٰ ما يؤول إليه، وفي مسألتنا حكم القطع ثابت لم يصر نفساً، وإنما حَدَثت النفس من جناية أخرىٰ.

يدل علىٰ هذا: أنَّ إحداهما لو كانت خطأ، والأخرىٰ عمداً: وجب القصاص في العمد، والدية في الخطأ، فدل علىٰ أنَّ إحداهما غير متعلقة

---

(١) بدائع الصنائع ١٠/٤٧٧٥.

(٢) النحل: ١٢٦.

(٣) المائدة: ٤٥.

(٤) وفي (ق.ج): «أن يقتص من الأمرين».

بالأخرىٰ.

* وذهب أبو يوسف ومحمد إلىٰ أنهما لو كانتا جميعاً خطأً، لوجبت دية النفس، وسقط حكم ما دونها؛ لأنهما جميعاً كانتا قبل البرء، فكذلك إذا كانتا جميعاً عمداً، تعلَّق الحكم بالنفس، وسقط حكم ما دونها.

مسألة :

قال أبو جعفر : وإن برىء من اليد، ثم قتله: كان عليه القصاص في اليد والنفس)[1].

قال أبو بكر أيَّده الله[2] : وهذا قولهم جميعاً، وذلك لأن وقوع البرء منهما[3] يوجب إفراد كل واحدة منهما بحكمها دون الأخرىٰ، وإذا لم يقع البرء: فكأنهما جناية واحدة، ألا ترىٰ أنه لو شج رجلاً عشرين موضحة، واحدةً بعد أخرىٰ قبل البرء، ثم برأ منها كلها، كان عليه الدية في ثلاث سنين إذا كانت خطأً، وكان جميعها جناية واحدة، ولو شجَّه موضحة، فبرأ منها، ثم لا يزال يشجه موضحة بعد البرء حتىٰ شجَّه عشرين مواضح، كانت عليه الدية في سنة واحدة، ولم يتعلق حكم واحدة منهن بغيرها.

مسألة : [اعتبار السبب في القتل]

قال أبو جعفر : (ومَن رمىٰ رَجُلاً مسلماً بسهم، فارتدَّ المرميُّ، ثم وقع به السهم، فقتله: فإن عليه الدية في قول أبي حنيفة، ولا شيء عليه

---

(١) بدائع الصنائع ١٠/٤٧٧٥.

(٢) أيده الله، لم تأت في (ق. ج)، وواضح أنها من كلام تلامذته أو نسَّاخ الكتاب.

(٣) وفي (ق.ج) «جميعاً».

في قول أبي يوسف ومحمد)[١].

قال أبو بكر: أبو حنيفة يَعتبر في مسائل الرمي حالَ السبب، ويَجعل ما يتولد عنه كأنه حادث عند وجود السبب، وذلك لأن الرمي لما كان سبباً يوجب الوقوع لا محالة، ثم حصل الوقوع في النفس، صار كأنه قتله بنفس الرمي.

فإن كان مسلماً حينئذٍ: وجبت الدية، ولم يجب القصاص للشبهة، وحدوث الردِّ لا يرفع حكم السبب، إذ كان الوقوع موجباً بالرمي لا محالة، وما تولد عنه: فمن فعله، كأنه أوقعه عند السبب.

وعلىٰ هذا قال في مُحْرِم رمىٰ صيداً، ثم حلَّ، ثم وقع السهم بالصيد: أنه يضمنه، وإن رماه وهو حلال، ثم أحرم، ثم وقع السهم: لم يضمنه، اعتباراً لحال السبب[٢].

* وأما أبو يوسف ومحمد، فإنهما قالا: لما حصل الوقوع في مرتدٍّ، وهو مباح الدم، صار كوقوعه في حائط، أو فيما لا يكون به جانياً[٣].

مسألة:

قال أبو جعفر: (ولو رماه وهو مرتدٌّ، ثم أسلم، ثم وقع به السهم، فقتله وهو مسلم: فلا شيء عليه في قولهم جميعاً)[٤].

---

(١) الهداية مع شرح فتح القدير ١٠/٢٦٧.

(٢) المصدر السابق ١٠/٢٧٠.

(٣) وفي (ق.ج): «جناية».

(٤) المصدر السابق ١٠/٢٦٨.

قال أبو بكر: أما علىٰ أصل أبي حنيفة، فهو صحيح، لأنه علّق الحكم بالسبب، والسبب وُجد وهو مباح الدم، فكأنه قتله وهو مرتد.

وهذا يشهد لأبي حنيفة عليهما في المسألة الأُولىٰ، حين علّقا الحكم في هذه بالسبب، ولم يعتبرا الوقوع به بحال السبب.

مسألة:

قال أبو جعفر: (ومَن رمىٰ عبداً، فأعتقه مولاه، ثم وقع به السهم، فقتله، ففي قول أبي حنيفة: عليه قيمة لمولاه)[1].

قال أبو بكر أيّده الله: وهذا مستمر علىٰ ما بيّنّا من أصله، لأنه اعتبر السبب، فكأنه قتله وهو عبد.

(وفي قول محمد: علىٰ الرامي لمولىٰ العبد ما بين قيمته مرمياً إلىٰ غير مرمي، ولا شيء له غير ذلك).

وذلك لأنه ذهب إلىٰ أنّ العبد صار ناقصاً بالرمي في ملك مولاه قبل وقوع السهم به، فوجب علىٰ الرامي النقصان، إذ كان النقصان حادثاً من فعله، ثم لما عتَق، فوقع به السهم، وكان من أصل محمد اعتبار حال الوقوع: لم يكن عليه بالوقوع شيء؛ لأن ابتداء الرمي كان وهو في ملك المولىٰ، وسقط حكم وقوعه بالعتق.

ألا ترىٰ أنه لو قطع يد عبد، فأعتقه مولاه، ثم مات: أنّ عليه أرش اليد وما نقصته جنايته إلىٰ أن أعتقه، ولا شيء عليه بعد ذلك؛ لأن العتق يبطل حكم السراية الحادثة بعد ذلك.

---

(١) المصدر السابق ١٠/٢٦٨.

مسألة : [موت المرتد بعد قطع يده]

قال أبو جعفر : (ومن قطع يد مرتدٍّ، فأسلم، ثم مات: فلا شيء على القاطع).

قال أبو بكر أيده الله: الأصل في ذلك أنَّ الجناية إذا لم تكن مضمونة، فالسراية غير مضمونة، والدليل عليه: أنَّ مَن قطع يد حربي، ثم أسلم، ثم مات[1]: لم يضمن السراية، لأن الجناية لم تكن مضمونة، وكذلك لو قطع يد عبده، ثم أعتقه، ثم مات: لم يضمن السراية، لأن الجناية لم تكن مضمونة.

فصل :

قال : (وإن قطعها وهو مسلم، ثم ارتدَّ، ثم مات: فعلى القاطع دية اليد، لا غير).

وذلك لأنه لما ارتدَّ صار مباح الدم، بحيث لو ابتدأ الجناية عليه، لم يضمنها، فصارت الردة بمنزلة البراءة من السراية، إذ كانت السراية حادثة بعد الردة.

* **قال** : (وإن رجع إلى الإسلام، ثم مات منها: فإن على القاطع دية النفس في قول أبي حنيفة وأبي يوسف).

قال أبو بكر أيَّده الله: وذلك لأن الجناية إنما يتعلق حكمها بالابتداء أو الانتهاء، وما بينهما لا يتعلق به حكم، والدليل على ذلك: أنَّ رجلاً لو قطع يد رجل من نصف الذراع: لم يجب عليه فيه القصاص، فإن آلت إلى

---

(١) وفي (ق.ج): «من القطع».

النفس: وجب عليه القصاص في النفس، فتعلق الحكم بما انتهت إليه الجناية.

وكذلك لو قطع يده من المفصل، فتآكلت إلىٰ نصف الذراع: لم يجب القصاص، فإن مات منها: قُتِل به، فصار حكم الجناية موقوفاً علىٰ ما تؤول إليه.

فلما كانت الجناية في مسألتنا مضمونة في الابتداء، وكانت نهايتها في حالٍ يجوز أن تكون النفس مضمونة فيها، سقط حكم ما بينهما من الردة الحادثة.

* (وقال محمد: لا شيء عليه غير دية اليد)، وجعل الردة بمنزلة البراءة من الجناية.

والانفصال في ذلك لأبي حنيفة: أنَّ الردة لا تكون بمنزلة البراءة حتىٰ يموت عليها؛ لأن حكم الردة موقوف علىٰ الإسلام والموت، وقد كانت الجناية مضمونة، فوقف حكم السراية أيضاً علىٰ حكم الردة.

مسألة:

قال أبو جعفر: (ولو كان ارتدَّ، ولَحِقَ بدار الحرب، ثم رجع إلىٰ دار الإسلام مسلماً، ثم مات من القطع: فلا شيء علىٰ القاطع غير دية يده في قولهم جميعاً).

وذلك لأن لَحَاقه بدار الحرب مرتداً، يقطع حقوقه، ألا ترىٰ أنا نقسم ماله بين ورثته بعد لَحَاقه، ولا نفعل ذلك قبل اللحاق، فصار كالبراءة من السراية.

مسألة :

قال أبو جعفر : (ومَن قَطَعَ يد عبدٍ خطأً، فأعتقه مولاه، ثم مات منها: فلا شيء علىٰ القاطع غير أرش اليد).

وذلك لأن حكم السراية تابع للجناية، ولا يجوز أن ينفرد بحكمٍ دونها، والدليل عليه: أنَّ مَن قطع يد حربي، ثم أسلم، ثم مات: لم يكن علىٰ القاطع شيء، من قِبَل أنَّ ابتداء الجناية لمّا لم يكن مضموناً، لم يجز أن تكون سرايتها مضمونة، فقلنا علىٰ هذا: إن الجناية كانت مضمونة علىٰ الجاني للمولىٰ، فلما أعتقه لم تخل السراية لو كانت مضمونة من أن تكون مضمونةً للمولىٰ أو للعبد، ولا يجوز أن تكون مضمونة للمولىٰ؛ لأنه غير مالك له بعد العتق.

وكما أنه لو ابتدأ الجناية عليه في هذه الحال، لم يستحقَّها المولىٰ، كذلك لا يجوز أن يستحق ضمان السراية.

ولا يجوز أن تكون مضمونة للعبد، لأنا قد بيَّنَّا أنَّ حكم السراية أن يكون تابعاً للجناية، فلما لم تكن الجناية مضمونة للعبد، لم يجز أن تكون سرايتها مضمونة له.

فلما لم يصح ضمانها للمولىٰ، ولا للعبد لما وصفنا، لم يبق هناك وجه آخر للضمان، فبطل.

ولهذه العلة بعينها قالوا: إذا باعه المولىٰ بعد القطع، سقط حكم السراية.

وليس قطع اليد في هذا، مثل الرمي في قول أبي حنيفة حين أوجب عليه بالرمي جميع القيمة وإن أعتقه المولىٰ، ثم وقع به السهم، فمات، ولم يوجب في القطع إلا أرش اليد: من قِبَل أنَّ الرمي سبب يوجب الوقوع

لا محالة، لاستحالة وجود رمي لا يحصل عنه الوقوع، فمتىٰ حصل الوقوع في شخص تلفت به نفسه: صار جانياً به يوم الرمي، إذ كان موجبه من الوقوع متولداً من فعله، لأن ما تولد من رميه من فعله.

وأما القطع فليس بموجب للسراية لا محالة، إذ ليس يمتنع وجود القطع مع عدم السراية.

مسألة:

قال أبو جعفر: (ولو كان قطع يد العبد عمداً، فأعتقه مولاه، ثم مات، فإن أبا حنيفة وأبا يوسف قالا: إن كان المولىٰ هو وارثه، لا وارث له غيره: فله أن يقتل الجاني، وإن كان له وارث غيره يحجبه عن ميراثه، أو يدخل معه في ميراثه: فلا قصاص علىٰ الجاني، وعليه أرش اليد للمولىٰ، ولا شيء له[1] غيره)[2].

قال أبو بكر أيده الله: وذلك لأنه لم يكن له وارث غير المولىٰ، فإن الجناية ابتداؤها كان مضموناً للمولىٰ، وكذلك انتهاؤها؛ لأن المولىٰ هو المستحق في هذه الحال لضمان السراية، فلما كان المستحق لضمان الجناية والسراية جميعاً هو المولىٰ، كان له القصاص في النفس، كأنه مات في ملك المولىٰ قبل أن يعتقه.

فإن قال قائل: السبب الذي به استحق الجناية كان الملك، وقد زال، فينبغي أن يبطل حكم السراية، كما يسقط لو كان وارثه غير المولىٰ.

---

(١) وفي (ق.ج): «عليه».

(٢) تكملة شرح فتح القدير ١٠/٢٢٣.

قيل له: لا يجب ذلك، من قِبَل أنه لا اعتبار بزوال ملكه، إذ كان هو المستحق له في الحالين[١]، فلا يجوز أن نبطله، ثم نوجبه له، لأنه لا يجوز أن يستحق ذلك علىٰ نفسه، وإذا كان ذلك كذلك، لم يكن لزوال ملكه حكم في سقوط حكم الجناية.

* (وقال محمد لا قصاص عليه في الوجهين جميعاً، وعليه أرش اليد للمولىٰ، ولا شيء عليه[٢] غير ذلك).

وذهب في ذلك إلىٰ أنَّ المولىٰ لم يستحق السراية[٣] بالسبب الذي كان به يستحق الجناية؛ لأنه استحق ضمان الجناية بدءاً بالملك، وقد زال، والعبد لم يستحق لنفسه ضمان السراية بعد العتق، فتنتقل منه إلىٰ المولىٰ بالميراث، فلا يجوز أن يثبت حكم السراية للمولىٰ، إذ لو ثبت ذلك له، لكان ثبوته من جهة الميراث، والعبد لم يستحق ذلك فيورث عنه، ألا ترىٰ أنَّ سائر ورثته لا يستحقون ضمان السراية، فكذلك المولىٰ.

مسألة: [لا قصاص في الأعضاء إلا بعد البرء]

قال: (وإذا قطع يدَ رَجُلٍ أو غيرها من الأعضاء: لم يُقتص منه حتىٰ يبرأ)[٤].

---

(١) في (ق): «إذا كان الحق له في الحالين، لأنه لا يجوز أن يستحق ذلك علىٰ نفسه فنبطل حقه، ثم نوجبه له، وإذا كان كذلك».

(٢) وفي الأصل: «له».

(٣) وفي (ق.ج): «ميراث العبد»، وهكذا إلىٰ آخر قول محمد هناك اختلاف في الألفاظ بين النسخ، والمثبت من الأصل.

(٤) الهداية مع البناية ١٠/١٨٣.

وذلك لما روىٰ أيوب عن عمرو بن دينار عن جابر بن عبد الله أنَّ النبي عليه الصلاة والسلام: «نهىٰ أن يستقاد من الجراح حتىٰ تبرأ»[1].

ورواه حماد بن سلمة عن عمرو بن دينار عن محمد بن طلحة بن يزيد بن ركانة عن النبي عليه الصلاة والسلام[2]، ويجوز أن يكونا قد روياه.

ولأنه لا يُؤمن أن يؤول إلىٰ النفس، أو إلىٰ موضع يسقط معه القصاص، فيسقط حكم القطع، ويتعلق حكم الجناية بما يؤول إليه.

مسألة: [القطع من نصف الذراع عمداً]

قال: (ومن قطع يدَ رَجُلٍ من نصف ذراعه عمداً: فلا قصاص عليه فيه، وعليه دية والحكومة)[3].

وذلك لأن الذراع عضو غير اليد، فينفرد بحكمه في إيجاب الحكومة، ألا ترىٰ أنَّ القطع في السرقة يتعلق باليد دون الذراع، فقد أتلف بذلك عضواً، ونقص آخر، فيجب في اليد الدية، وفي بعض الذراع الحكومة؛ لأنه ليس له أرش مقدَّر.

* (وقال أبو يوسف في الإملاء: عليه دية اليد لا غير).

وجعل الذراع تبعاً لليد غير مقدَّر، كما كانت الكف تابعة للأصابع، والمعنىٰ فيهما: أنَّ أرش اليد مقدر، وأرش الذراع غير مقدَّر، فتتبعها

---

(١) السنن الكبرىٰ ٨/٦٦، مصنف ابن أبي شيبة ٩/٣٦٩، المحلىٰ لابن حزم ١٠/٣٧٧.

(٢) مصنف عبد الرزاق ٩/٤٥٢.

(٣) الهداية مع البناية ١٠/١٦٣.

الذراع، كما تبعت الكف الأصابع، إذ كان أرش الأصابع مقدراً، وأرش الكف غير مقدر.

والانفصال للقول الأول من هذا: أنَّ الذراع عضو علىٰ حياله، منفرد عن اليد، ألا ترىٰ أنها لا تقطع مع اليد في السرقة، وأما الكف فهي من جملة اليد، غير منفرد عنها بحكم، فكانت تبعاً.

مسألة : [مقدار الدية في قطع الأصابع]

قال : (ولو قطع أصابعَ يدِ رَجُلٍ كلها خطأً، فبرأ منها: فعليه في كل أصبع منها عُشْر الدية، وفي جميع ذلك نصف الدية علىٰ عاقلته، في السنتين: في السنة الأولىٰ: ثلثان، وفي السنة الثانية: ثلث).

قال أبو بكر : وهذا إذا قطعها قبل البرء من الآخر، فتكون كجناية واحدة، كأنه قطع يده، فيكون عليه أرشها في سنتين، لما بينا فيما سلف.

ولو كان قَطَعَ كل أصبع بعد البرء من الأُولىٰ: كان ذلك كله في سنة، من قِبَل أنَّ حكم كل واحدة منفردةٍ بنفسها بها، كأنه لم يقطع غيرها فيما يتعلق به من التأجيل.

مسألة :

قال : (ولا قصاص في عَظْم ما خلا السن)[١].

وذلك لأن القصاص استيفاء المثل، وذلك غير ممكن في العظم المكسور؛ لأنه لا يوقَف علىٰ الموضع بعينه.

---

(١) الهداية مع شرح فتح القدير ١٠/٢٣٤.

وأما السن فإنما وجب فيها القصاص، لقول الله تعالىٰ: ﴿وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ﴾[(١)].

وفي حديث أنس حين كَسَرت الرُّبيِّع سنَّ جارية من الأنصار، فقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «كتابُ الله القصاص»[(٢)].

ولأنه يمكن استيفاء المثل: إن كان قَلَع جميع السنِّ: قُلعت سِنُّه، وإن كسر البعض: فإنه يُبْرَد منه بمقداره.

مسألة:

قال: (ولا قصاص في جائفة ولا في آمَّة)[(٣)].

قال أبو بكر أيَّده الله: الأصل في ذلك كله: أنَّ كل ما لا يوقف علىٰ حدّه إلا من طريق الاجتهاد: لم يجب فيه قصاص، لأن المجتهد يخطىء ويصيب، والقصاص مما تُسقطه الشبهة، فلا يجوز إثباته إلا مع حصول اليقين باستيفاء المثل.

قال أبو بكر: وما ذكره أبو جعفر من أروش الشجاج والموضحات فما فوقها، ففيها كلها نصٌّ عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم.

بعضها في حديث الزهري عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم في الكتاب الذي كتبه

---

(١) المائدة: ٤٥.

(٢) صحيح البخاري مع فتح الباري ٣٠٦/٥، ٢٢٣/١٢، أبو داود ٧١٧/٤ ح٤٥٩٥.

(٣) كتاب الأصل ٤٥٦/٤، الهداية مع شرح فتح القدير ٢٨٦/١٠.

لعَمْرو بن حزم[١]، وبعضها من غير هذا الطريق، وكرهتُ الإطالة بذكر أسانيدها، ولأنها أخبار مشهورة.

وما دون الموضحة من الشجاج: ففيها حكومة عدل[٢]، ولا تكون الموضحة إلا في الرأس والوجه، ولا يكون أرشها في سائر البدن إلا حكومة عَدْل، ولا يكون فيها مثل ما في الوجه والرأس، وذلك لأن اسم الموضحة في الإطلاق إنما يتناول ما كان منه في الرأس والوجه، وفيها وردت السنة بإيجاب خَمْسٍ من الإبل[٣].

وما في سائر البدن من الجراحات وإن أوضحت العظم، فإنها لا تلحق بها من الشَّيْن ما يلحقه بها إذا كانت في الرأس والوجه، فلذلك كان فيها الحكومة، إذ ليس في مقدار أرشه توقيف.

مسألة : [عدم القصاص بين اليد السليمة والشلاَّء]

قال أبو جعفر : (ولا قصاص في يدٍ سليمة بيد شلاَّء)[٤].

وذلك لما وصفنا من اعتبار المساواة فيما دون النفس.

* **قال** : (ومَن قطع يمين رَجُلٍ صحيحة، ويمينُ القاطع شلاَّء: فالمقطوع بالخيار: إن شاء أخذ يد القاطع الشلاّء، ولا شيء له غيرها،

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) كتاب الأصل ٤/٤٥٦.

(٣) أبو داود ٤/٦٩٥ ح٤٥٦٦.

(٤) تكملة شرح فتح القدير ١٠/٢٣٧.

وإن شاء ضمَّن القاطعَ دية يده الصحيحة)[١].

وذلك لأنه لما وجب اعتبار المساواة فيما دون النفس، كان للمقطوع أن يعدل عن القصاص إلىٰ الدية ليستوفيَ بدل ما أُخذ منه سواء، إذ لم يمكنه استيفاء المثل بالقصاص، كرجل اشترىٰ عبداً فاستحق صحة العبد علىٰ البائع، فإن وجده ناقصاً، فلم يمكنه استيفاؤه صحيحاً علىٰ حسب ما اقتضاه العقد: كان له أن يعدل عنه إلىٰ البدل الذي هو الثمن، فيفسخ البيع ويسترجع الثمن.

* **قال**: (فإن لم يختر شيئاً من ذلك، حتىٰ ذهبت اليد الشلاء من السماء، أو قطعها إنسان بغير حق: بَطَلَ حق المقطوع الأول).

وذلك لأن الواجب في الأصل كان القصاص حتىٰ ينقله إلىٰ البدل، كما أنَّ المشتري إذا وجد العبد معيباً، والذي في ملكه الآن العبد دون الثمن، فإن هلك العبد، وتعذَّر ردُّه: لم يكن له الرجوع بالثمن، كذلك ذهاب يده من الوجه الذي ذكرنا يُسقط حق المجنيِّ عليه الأول، إذ لم يكن قد وجب عليه المال قبل ذلك.

مسألة: [لا قصاص في الشجاج]

قال أبو جعفر: (ولا قصاص في شيءٍ من الشِّجاج غير المُوْضِحة)[٢].

قال أبو بكر أيده الله: قال محمد في الأصل[٣]: إن القصاص يجب في

(١) المصدر السابق.

(٢) الهداية مع البناية ١٠/١٥٥.

(٣) كتاب الأصل ٤/٤٥٦.

المُوْضِحة والسِّمحاق والباضعة والدامية.

وروىٰ الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه قال: لا قصاص في الشجاج إلا في الموضحة والسمحاق إن أمكن القصاص في السمحاق.

قال أبو بكر: وجملة القول فيها: إن أمكن استيفاء القصاص فيه، بأن يجرح مثل جراحته سواء، حتىٰ يبلغ الحد الذي بلغت جراحة الجاني: اُقْتُصَّ منه، وما تعذَّر فيه ذلك: لم يُقتص منه.

وإذا كان كذلك، فالصحيح ما روىٰ الحسن عن أبي حنيفة؛ لأن الباضعة والدامية لا يمكن استيفاء القصاص فيها إلا اجتهاداً.

وقد اتفقوا في الآمّة والجائفة والمتلاحمة، أنه لا قصاص فيها، إذ لا يوصل إلىٰ استيفاء المثل إلا اجتهاداً.

وأما السمحاق، فإنها هي التي بينها وبين العظم جلدة رقيقة، فإن أمكن بلوغ ذلك الموضع بالقصاص، لا يُتعدىٰ إلىٰ غيرها: ففيها القصاص، كالموضحة نفسها.

* **قال**: (واختلف أبو يوسف ومحمد في المتلاحمة: فقال محمد: هي التي يلتحم فيها الدم، وبالتحامه فيها سُمِّيت متلاحمة).

قال: (وقال أبو يوسف في الإملاء: إنها هي التي تشق الجلد، ولا تأخذ من اللحم شيئاً).

قال أبو بكر: هذا ما ذكره أبو جعفر من وصف قولهما، وقد روي عن أبي يوسف أنَّ المتلاحمة دون السمحاق، وفوق الباضعة[1].

---

(١) الهداية مع البناية ١٠/١٥٤.

قال أبو بكر: وهذا اختلاف في العبارة، ولم يختلفوا أنَّ الجراحة كلما كانت أعظم، فحكومتها فيها أكثر.

مسألة: [تعريف الحكومة]

قال أبو جعفر: (والحكومة في كل ما ذكرنا: أن يُقوَّم المجنيُّ عليه حين وقعت به الجناية لو كان عبداً، ثم يُقوَّم لو كان عبداً ليس به الجناية، فيُنظَر: كم بينهما من القيمة؟ فيكون عليه ما يقابله من الدية).

قال أبو بكر: وقد حكىٰ ذلك عن أصحابنا، وكان أبو الحسن رحمه الله يأبىٰ هذا الاعتبار في الجنايات علىٰ الأحرار، ويقول: إن الاعتبار فيها: أن يُقرَّب إلىٰ أدنىٰ الشجاج التي فيها أرش معلوم، فينظر كم مقدارها منها في قلة الجراحة أو كثرتها؟ فيوجِب من الأرش بمقداره من أرش الجراحة المقدَّرة.

مسألة: [حضور أولياء القتيل القصاصَ]

قال: (ولا يُقتص من القاتل إلا بحضرة جميع أولياء القتيل إذا كانوا كباراً)[1].

وذلك لأن الغائب لا يولَّىٰ عليه لأجل غيبته، ولا يجوز للحضور استيفاء حقه، ولا يمكنهم استيفاء حقوقهم دون حضور الغائب، فلذلك لم يُقتص حتىٰ يحضروا جميعاً.

[مسألة:]

قال: (فإن قُتِل رجل له وليان: كبير وصغير، فللكبير أن يقتص قبل أن

---

(١) كتاب الأصل ٤/٥٤٣.

يكبر الصغير في قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يُقتص حتىٰ يكبر الصغير فيقتصا جميعاً)[١].

وجه قول أبي حنيفة: أنَّ الحسن بن علي رضي الله عنهما اقتَصَّ من ابن مُلجِمٍ[٢] قاتلِ علي رضي الله عنه، وله ورثة صغار غيره، وذلك بحضرة الصحابة من غير نكيرٍ من أحدٍ منهم عليه، فصار إجماعاً من السلف.

فإن قال قائل: إنما اقتَصَّ؛ لأنه كان إماماً، أو لأنه كان وصيَّ علي رضي الله عنهما.

قيل له: عند مخالفنا: إن الإمام والوصي لا يقتص للصغير في النفس، فعُلم أنه لم يقتص من حيث هو إمام، وإنما اقتص من جهة أنَّ الصغير

---

(١) الهداية مع تكملة شرح فتح القدير ١٠/٢٢٧.

(٢) هو عبد الرحمن بن ملجم المرادي، الحميري، أدرك الجاهلية، وهاجر في خلافة عمر، وقرأ علىٰ معاذ بن جبل، ثم شهد فتح مصر وسكنها، وكان من شيعة علي بن أبي طالب، وشهد معه صفين، ثم خرج عليه فاتفق مع البُرَك بن عبد الله التميمي، وعمرو بن بُكير التميمي علىٰ قتل علي، ومعاوية، وعمرو بن العاص في ليلة واحدة، سبعة عشر رمضان، وتعهد ابنُ ملجم بقتل علي، فقصد الكوفة، واستعان برجل يُدعىٰ شبيباً الأشجعي، فلما كانت ليلة سبعة عشر رمضان كَمَن خلف الباب الذي يخرج منه علي لصلاة الفجر، فلما خرج ضربه شبيب فأخطأه، فضربه ابن ملجم فأصاب مقدم رأسه، وتوفي علي رضي الله عنه من أثر الجرح، وبعد دَفْن علي بن أبي طالب رضي الله عنه بعث الحسن بن علي إلىٰ عبد الرحمن بن ملجم فأخرجه من السجن وقتله. انظر طبقات ابن سعد ٣/٣٦، الأعلام ٣/٣٩.

ممن يولَّىٰ عليه، والنفس لا تتبعض في الإتلاف.

وأيضاً من جهة النظر: إن الصغير لما كان ممن يولَّىٰ عليه، وكانت النفس لا تتبعَّض في الإطلاق، صار الكبير مستحِقاً للقصاص من حيث لم يتبعَّض القصاص، وكان الصغير ممن يولَّىٰ عليه، فصار ولياً عليه في استيفاء القصاص، ألا ترىٰ أنَّ النكاح لما لم يتبعَّض، كان لأحد الوليين تزويج الصغير بحق الولاية، ولأن هذا مما لا يتبعَّض، وليس كذلك الكبير الغائب، لأن الغائب لا تُستحق الولاية عليه لغيبته، والصغير تُستحق عليه الولاية لصغره.

مسألة: [عفو بعض الورثة عن القصاص]

قال: (ومَن عفا من ورثة المقتول عن القصاص، من رجل أو امرأة: بَطَلَ القصاص، وكان للآخرين حصتهم من الدية)[1].

وذلك لأن الدم موروثٌ عن الميت كسائر ماله، والدليل عليه قول الله تعالىٰ: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾[2]، والدم مما تَرَكَ الميتُ؛ لأن الميت قد يترك ما هو مال، ويترك أيضاً حقاً ليس بمال.

فإن قيل: قال الله تعالىٰ: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَانًا﴾[3]، والمرأة ليست بولي، فلا ترث الدم.

---

(١) المبسوط ١٥٨/٢٦، الهداية مع تكملة شرح فتح القدير ٢٤٠/١٠.

(٢) النساء: ١٢.

(٣) الإسراء: ٣٣.

قيل له: بل هي ولي للدم ولغيره، قال الله تعالىٰ: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾(١)، ولم يفرِّق بين الرجال والنساء، ألا ترىٰ أنه لو قُتِلَ عبدٌ لها: كان لها أن تقتل القاتل، ولو قطعت امرأةٌ يدَها: كان لها أن تقتص، فعلمنا أنَّ الولاية في القصاص لا يختص بها الذكور دون الإناث.

فإذا كان لها نصيبٌ من الدم: جاز عفوها، وسقط القصاص، لتعذُّر استيفائه للباقين، إذ لا يمكنهم استيفاؤه في بعض النفس، وانتقل حقهم إلىٰ الدية، كالعمد إذا دخلت فيه شبهة، فتجب الدية.

وهو معنىٰ قول الله تعالىٰ: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَٰنٍ﴾(٢)، يعني والله أعلم: إن عفا بعضُ أولياء الدم.

وقد رُوي فيه حديث عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم، وهو ما حدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا الحسن بن يسار الخياط قال: حدثنا داود بن أبي سيد قال: حدثنا الوليد عن الأوزاعي أنَّ حصيناً حدَّثه أنه سمع أبا سلمة بن عبد الرحمن يخبر عن عائشة عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم قال: «علىٰ المقتتلين أن ينحجزوا الأول فالأول، وإن كانت امرأة»(٣).

قال الوليد: وتفسير هذا: أنَّ لكل ذي سهم عفواً.

---

(١) الأنفال: ٧٥.

(٢) البقرة: ١٧٨.

(٣) السنن الكبرىٰ ٨/٥٩.

مسألة : [حكم السراية في الجنايات بعد العفو]

قال : (ومن قطع يد رَجُلٍ عمداً، فعَفَا له عن اليد، ثم مات منها: فعليه الدية في قول أبي حنيفة)[1].

لأنا قد بيَّنَّا أنه قد عفا عما ليس بحقه؛ لأن حكم الجناية يتعلق بما تؤول إليه، فإذا آلت إلىٰ النفس، علمنا أنَّ حقه كان النفس، فعفا هو عن غير حقه.

* (وقال أبو يوسف ومحمد: لما عفا عن اليد: سقط ضمان اليد، فلم يضمن السراية).

ألا ترىٰ أنه لو أمره بقطع يده ابتداء، فقطعها: لم يضمن ما تولد عنها من السراية؛ لأن اليد لم تكن مضمونة، فكذلك ما تولد منها.

ولأبي حنيفة: أنه إذا أمره بقطعها ابتداء: لم تكن اليد مضمونة قط، فلم يضمن السراية، كمن قطع يد حربي أو مرتدٍّ، وفي مسألتنا قد كانت اليد مضمونة، ثم اختلفا في سقوط الضمان بعفوه عن اليد، فلم يسقط الضمان، لأنه عفا عن غير حقه، فلم يسقط ضمان السراية، وكان القياس أن يجب القصاص في النفس، إلا أنه أسقطه للشبهة، وأوجب الدية.

مسألة : [حكم العفو عن الجناية وما يحدث منها]

قال : (ولو عفا عن اليد وما يحدث منها، أو عن الجناية، ثم مات المقطوع: لم يكن علىٰ القاطع شيء في قولهم جميعاً)[2].

---

(١) الأصل ٤/٥٢٠، المبسوط ٢٦/١٥٤، الهداية مع فتح القدير ١٠/٢٥١.

(٢) المصادر السابقة.

وذلك لأنه قد أبرأ من النفس، وتصح براءته، لوجود سبب الإتلاف، كما يجوز تعجيل الزكاة لوجود سبب الإيجاب، وهو النصاب، وكما جاز تعجيل الأجرة لوجود العقد الذي هو سبب لاستحقاقها عند استيفاء المنافع.

وإنما كان عفوه عن الجناية عفواً عن النفس، من قِبَل أنَّ الجناية اسم لليد ولما يحدث منها بالقطع، فإذا مات منه: كانت الجناية هي النفس، فصحت البراءة منها.

مسألة: [الصلح في الجنايات]

قال: (وإذا صالحه عن قطع اليد عمداً وما يحدث منها، علىٰ قليل أو كثير: جاز وإن كان صاحبَ فراش، فإذا مات أو برىء: فالصلح ماضٍ؛ لأن الدم ليس بمال)[1].

والدليل عليه: أنه يُستوفىٰ من رقبة الحرِّ، وليست بمال.

ويدل عليه أيضاً: أنَّ الموصىٰ له لا يثبت له فيه حق، ولا يثبت فيه حق الغرماء[2].

ولو كان مالاً، لثبت حق هؤلاء فيه، وإذا لم يكن مالاً، فأخرجه: جازت براءته في المرض من جميع المال، ألا ترىٰ أنَّ البُضْع لما لم يكن مالاً، فأخرجه عن ملكه بالطلاق في المرض، لم يتقوَّم عليها، وكان من جميع المال، فجازت براءته، وإذا صح أنه ليس بمال: جاز ما أُخذ عنه

(١) المبسوط ٢٦/١٥٤.

(٢) بدائع الصنائع ١٠/٤٦٤٠.

من بدل قليل أو كثير، كما جاز له إسقاطه بغير بدل.

مسألة: [موت المقتَصِّ منه بقطع يد بعد إيفاء القصاص]

قال: (ومَن قطع يد رَجُلٍ عمداً، فاقتَص له منه الإمام، ثم مات المقتَصُّ منه من القصاص، فإن أبا حنيفة قال: دية نفس المقتَصِّ منه علىٰ المقتَصِّ له.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا شيء عليه)[1].

قال أبو بكر أيده الله: قد روي فيه حديثٌ عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم، رواه أبو زرعة[2] في كتابه عن إبراهيم بن موسىٰ الرازي قال: حدثنا أبو ثور عن معمر عن عمرو بن شعيب يرفع الحديث إلىٰ النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال: «مَن استقاد من آخر، ثم مات المستقاد منه، غَرِم المستقاد ديته»[3].

فإن ثبت هذا الحديث عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم سَقَطَ معه قول

---

(١) الهداية مع تكملة شرح فتح القدير ٢٥٩/١٠، بدائع الصنائع ٤٧٧٩/١٠.

(٢) أبو زرعة: هو عبيد الله بن عبد الكريم بن يزيد المخزومي مولىٰ عياش بن مطرف، أبو زرعة الرازي أحد الأئمة الحفاظ، روىٰ عن أبي عاصم وأبي نعيم وغيرهم، روىٰ عنه مسلم والترمذي والنسائي وابن ماجه وغيرهم، وله مؤلفات كثيرة توفي سنة ٢٦٤هـ انظر تهذيب التهذيب ٣٠/٧. انظر كتاب أبو زرعة الرازي وجهوده في السنة مع تحقيق كتابه الضعفاء للدكتور سعدي الهاشمي.

(٣) مصنف عبد الرزاق ٤٥٦/٩، مصنف ابن أبي شيبة ٣٣٩/٩، مجمع الزوائد ٢٩٥/٦، وقال: رواه الطبراني، وإسناده منقطع، وفيه أبو معشر، وهو ضعيف، وهو قول ابن مسعود لم يرفعه إلىٰ النبي صلىٰ الله عليه وسلم. اهـ. ولم أعثر علىٰ هذا الأثر بهذا السند.

كل قائل.

وأيضاً لأبي حنيفة: أنَّ الجنايات معتبرة بما يؤول إليه، ويسقط معها حكم الابتداء، ألا ترىٰ أنه لو قطع يده من نصف الساعد، فمات: كان عليه القصاص في النفس، وصار قاتلاً، وبطل حكم الجراحة، فلما تناول المقتَصُّ له اليد علىٰ أنها حقه، ثم سرت إلىٰ النفس: علمنا أنه تناول غير حقه، فلزمه ضمانه.

ولا يشبه هذا الرجل يأذن للرجل في قطع يده، فيقطعها، ثم يموت المقطوع، فلا ضمان علىٰ القاطع؛ لأن هذه الجناية لما كانت بأمره، كان كأنه هو الفاعل لها، فلا يتعلق ضمان سرايتها علىٰ القاطع.

ولا يشبه أيضاً القطع في السرقة؛ لأن القطع هناك يقع للسارق، ولأنه رَدْعٌ له، وزَجْرٌ عن العود إلىٰ مثله بقوله تعالىٰ: ﴿جَزَآءَۢ بِمَا كَسَبَا﴾[1]، فأشبه الإذن في قطع اليد.

فإن قيل: فهل يختلف عندكم حكم ضمان النفس في إذن المقتَصِّ منه في القطع، أو عدم إذنه.

قيل له: لا يختلف؛ لأنه لم يستحق القصاص من جهة إذنه، ووجود إذنه وعدمه فيه سواء.

وكذلك كان يحكي أبو الحسن رحمه الله.

ودليل آخر: وهو أنَّ المقتَصَّ له، أَخَذَ اليد علىٰ وجه البدل عن يده، وفي الأصول: أنَّ الأشياء المأخوذة علىٰ وجه الأبدال، تكون مضمونة

---

(١) المائدة: ٣٨.

علىٰ آخذيها، كالمقبوض علىٰ وجه البيع والقرض ونحوهما.

وإذا كانت اليد مضمونة علىٰ المقتص له، وجب أن يضمن ما تولَّد منها من السراية، كما أنَّ قاطع يد غيره بغير حق، لما أخذها مضمونة: ضمن ما سرىٰ إليه القطع.

وأيضاً: فكل ما تناولها، وجب أن يكون ما سرت إليه اليد مضموناً، ألا ترىٰ أنَّ مَن ضرب امرأته للتأديب، كان ما تولد منه مضموناً عليه وإن كان الضرب مباحاً؛ لأنه تناول ذلك لنفسه[١].

ووجه قولهما: أنه قطعها، وله القطع، فلا يضمن ما تولد منه، إذ لم يكن متعدياً فيه.

مسألة:

قال: (ومَن قتل رَجُلاً عمداً، وللمقتول ولي، فقَطَعَ الوليُّ يدَ القاتل، ثم عفا عنه: فعلىٰ الوليِّ دية يده في ماله في قول أبي حنيفة)[٢].

وذلك لأنه قد استوفىٰ حقه بالعفو؛ لأن حقه كان النفس لا غير، فحصلت اليد مقطوعة بغير حق، ولها قيمة مع العفو، فإذا أتلف مالَه قيمة من جهة التعدي: ضمن.

وأما إذا قطع اليد، ثم قتله: فلا شيء عليه؛ لأن اليد لا قيمة لها مع إتلاف النفس بالقصاص، فإذا أتلف ما لا قيمة له: لم يضمن، وإن تعدىٰ فيه، ألا ترىٰ أنه لو قطع يد مرتد: كان مسيئاً، ولا يضمنها مع ذلك.

---

(١) بدائع الصنائع ١٠/٤٧٧٩.

(٢) الهداية مع تكملة شرح فتح القدير ١٠/٢٥٨.

* (وقال أبو يوسف ومحمد: لا ضمان عليه).

لأنه قد كان مستحقاً لإتلاف النفس، فتتلف به اليد، فلما استحق إتلاف اليد بوجه، لم يضمنها، وصار كمن أخذ بعض حقه، وعفا عن الباقي.

ولأبي حنيفة: أنَّ إتلاف اليد ليس بحقٍّ له بوجه، وله قيمة مع العفو، فيضمنها.

ومعنىٰ آخر لأبي حنيفة: وهو أنه لا يخلو من أن يكون عافياً عن بعض حقه، أو عن جميعه، فإن كان عافياً عن جميعه: صارت اليد مضمونة، لأنه أخذها مع سقوط حقه، وإن كان عافياً عن بعض حقه: فالعفو عن بعض الدم عفوٌ عن الجميع، فتحصُل اليد مضمونة أيضاً.

* * * * *

فهرس الموضوعات

* * * * *